

Germany

Civilistische Studien

auf dem Gebiete

dogmatischer Analyse.

Von

Dr. Burkard Wilhelm Leist,

Großh. Sächs. Hofrath, ordentlichem Professor an der Universität zu Jena.

Zweites Heft.

Das erlaubte ungerufene Eingreifen in fremde Vermögensangelegenheiten.

Jena,

Druck und Verlag von Friedrich Frommann.

1855.

Das erlaubte

ungerufene Eingreifen

in

fremde Vermögensangelegenheiten.

(Impensen, act. de in rem verso, negot. gestio.)

Von

Dr. Burkard Wilhelm Leist.

Jena,
Druck und Verlag von Friedrich Frommann.

1855.

11/7/26

Inhaltsangabe.

I.

Einleitung.

§. 1. Die Lehre von der negotiorum gestio ist in neuerer 1
Zeit der Gegenstand eifriger und immer wieder von anderen Gesichtspunkten ausgehender Nachforschungen gewesen. Dabei hat sich sehr deutlich wieder der alte Satz bewährt, daß Widerlegen und Einreißen leichter gelingt, als haltbar Aufbauen. In der ganzen Reihe verschiedener Theorien, die über das Grundprincip dieser im Rechtsleben so wichtigen Lehre rasch auf einander gefolgt sind, erscheint dem unparteiisch Prüfenden die nachfolgende Theorie wohl in dem Hinwegräumen der vorhergehenden glücklich, aber der eigentliche Punkt zur Erklärung des Ganzen noch so wenig getroffen, daß die Lehre immerfort den Eindruck eines verschlossenen Buches, eines ungelösten Räthsels machen muß.

Unter solchen Umständen ist es Pflicht, stets von Neuem, selbst auf die Gefahr eines wiederum resultatlosen Versuches hin, das Eindringen in das bisher noch unwegsame Gebiet zu versuchen, und indem ich im Folgenden diesen Versuch unternehme, will ich mich weniger mit den Ansichten meiner Vorgänger und deren Widerlegung, als mit dem eigenen Aufbau beschäftigen, der, wenn er gelingt, durch sein positives Bestehen auch volle negative Beweiskraft in sich tragen wird.

Nur mit wenigen Worten möge vorausbemerkt werden,

1 in welchen Momenten man in neueren Zeiten den wahren Grund der Obligation aus der negotiorum gestio (und zwar, da die actio neg. gest. directa offenbar wenig Schwierigkeiten macht, den Grund insbesondere der actio negot. gest. *contraria*) getroffen zu haben geglaubt hat.

Eine weiter verbreitete Ansicht (z. B. Mühlenbruch) findet den Grund der Obligation in dem wirklichen Befördertsein des, wenn auch nicht immer bestehen gebliebenen, Nutzens des Geschäftsherrn. — Eine andere Meinung (Kritz) läßt den Geschäftsherrn dem Gestor so weit verhaftet sein, als entweder das dem Ersteren Erhaltene oder Gewonnene reicht, oder als nach den Umständen sich annehmen läßt, daß dieser, wenn er gekonnt hätte, ein Mandat ertheilt haben würde. — Nach einer dritten Auffassung (Wächter) soll ein Einmischen in fremde Angelegenheiten nur aus durchaus dringenden Gründen für Nothfälle (res necessariae, nicht utiles) gerechtfertigt sein. — Eine vierte Anschauung (Chambon) stellt es auf die Genehmigung des Geschäftsherrn, wodurch das vom Gestor ihm gleichsam angetragene obligatorische Verhältniß eingegangen werde. Diese Ratihabition erscheine entweder als eine nothwendige oder freiwillige, und zwar Ersteres im Falle der utilitas negotii, d. h. einer Geschäftsführung, die so geführt worden, wie der Herr selbst sie geführt haben würde. — Eine fünfte Ansicht endlich (Ruhstrat) glaubt die Basis der Obligation in der wirklichen (nicht etwa vermuthlichen oder erzwungenen), nur nicht zum Mandat gewordenen voluntas domini gefunden zu haben, bei deren Vorhandensein (was in gewöhnlicher Weise, namentlich aber durch die necessitas oder utilitas negotii zu beweisen stehe) das Gesetz nichts weiter thue, als daß es dieser mit dem Willen des negotior. gestor zusammentreffenden voluntas domini das Band der vertragsmäßigen Vereinigung hinzufüge.

Man sieht leicht, daß in diesen verschiedenen Ansichten 1
Elemente von einer doppelten Art enthalten sind. Es sollen einerseits **objective** Gründe, wie die necessitas oder utilitas, andererseits aber **subjective** Momente, wie (außer dem Willen des Gestors) der wirkliche oder präsumtive oder fingirte Wille des dominus, der Boden sein, auf dem die negot. gestio sich aufbaut. Daß diese Elemente für unsere Frage von Bedeutung sein, und also nothwendig bei ihr in Betracht gezogen werden müssen, läßt sich auch mit nur leichtem Nachdenken einsehen, und nicht weniger kann es selbst einem oberflächlichen Blick in die Römischen Quellen verborgen bleiben, daß sie auch wirklich darin ihren Platz und ihre Anerkennung gefunden haben. Doch aber ist der eigentliche Schlüssel des Verständnisses, wie jene Elemente sich zu einem harmonischen Ganzen zusammengruppiren, wie ich glaube, bisher nicht gefunden worden.

§. 2. Ich will die Ansicht, die ich in dieser Abhandlung 2
durchzuführen gedenke, und woraus mir die negotiorum gestio erklärt zu sein scheint, in kurzen Worten hier im Eingange sogleich zusammenfassen. Ich muß zu dem Zweck an einige allgemeine Sätze anknüpfen, die ich schon in dem ersten Hefte dieser civilistischen Studien erwähnt habe.

Nach der Natur der bei uns bestehenden Lebensverhältnisse schließt im Allgemeinen ein jedes Subject durch die Macht seiner Persönlichkeit die Gesammtheit seiner Privatverhältnisse und namentlich auch seiner Vermögensverhältnisse zu einer objectiven Einheit zusammen. Die Einheit, die eben die Individualität des Subjects ausmacht, überträgt sich auf die Objecte, und so besteht demnach ein Kreis, nach Außen geschlossen, fähig alle Verhältnisse des Privatlebens in sich aufzunehmen, von dem Subjecte an und für sich frei beherrscht, und also eine zugleich subjective zugleich objective Seite uns darbietend. Man kann die

2 subjective Seite die Privatsouverainetät, die objective das Privatterritorium nennen.

Dieser einheitliche status rerum privatarum (wenn ich es einmal so nennen darf) mit seinem theils subjectiven theils objectiven Element ist etwas in unseren Deutschen Verhältnissen, wie in denen aller neueren höher civilisirten Völker, reell Existirendes. Er bestand auch in dem entwickelten Römischen Leben. Er ist etwas der territorialen Souverainetät unserer Staaten parallel Gehendes, ohne daß es uns aber deßhalb einfallen dürfte, statt seine eigene Natur genau zu erforschen, ihn nun ganz aus dieser Vergleichung erklären zu wollen. Diese seine Natur ist in den verschiedensten Richtungen und Beziehungen eine in der heutigen Wissenschaft ununtersuchte, und doch sind diese Beziehungen für die Rechtsinstitute von entscheidender Bedeutung. Jene Privatsouverainetät, deren Territorium der doppelte Boden der Familien- und der Vermögensverhältnisse ist, erscheint zunächst durchaus nicht als Rechtssatz, sie ist nur naturalis ratio, die darum aber das Recht in den verschiedensten Instituten, in Folge der der naturalis ratio innewohnenden zwingenden Gewalt, zum Ausgangspunkte nimmt. Es handelt sich nun vorzugsweise darum, die verschiedenen Beziehungen dieses Natursatzes nicht mit individueller Willkühr unter eine beliebige Theorie zusammenzufassen, sondern das in unseren Lebensverhältnissen wirklich Vorhandene mit Sorgfalt und ohne vorgefaßte Idee herauszusuchen.

Als Gegenstand der vorliegenden Abhandlung greife ich eine einzige Beziehung heraus. Ich will hier nicht davon reden, wie die Privatperson in ihrem eigenen Territorium schaltet, sondern wie sie durch eine auf eigenem Antriebe ruhende Einmischung in das Territorium eines Anderen übergreifen darf. Es ist dies also die Frage, welche im Gebiet der Staatsverhältnisse die Intervention des einen Souverains in

die Angelegenheiten des anderen in sich faßt. Wir wollen uns 2
übrigens den Kreis der Betrachtung noch gleich darin verengern, daß wir lediglich von den Einmischungen in die *Vermögens*verhältnisse des Nebenmanns sprechen.

Der Frage nun aber, wie eine solche Einmischung statt finden *darf*, d. h. der Frage nach den in Betreff derselben geltenden Rechtssätzen muß die andere voraufgehen, wie diese Einmischung nach unseren Lebensverhältnissen wirklich *statt findet*. Da wir eben wissen wollen, wie weit sie statt finden dürfen, ohne daß sie in das Gebiet der hier von uns ganz fern gehaltenen Delicte schlagen, so ist das Erste, worauf sich in diesen Regionen des nicht Verbotenen unser Blick richten muß, das in unserem Leben wirklich und constant sich Ereignende. Die Natur desselben, und die in demselben sich noch wieder manifestirenden verschiedenen Gestaltungen haben wir zu erforschen. Es heißt nun dieser Natur unserer Lebensverhältnisse geradezu in's Gesicht schlagen und den Beweis liefern, daß man von naturalis ratio gar keinen Begriff hat, wenn man die doch nicht strafbare Geschäftsführung für Andere als etwas zunächst Unbefugtes hinstellt und dann gleich zum Gesetzgeber hinspringt, damit er allerlei verordne, was sich vernünftigerweise als zweckmäßig bezeichnen läßt [1]).

Die Sache liegt vielmehr ganz anders. Da wir hier ge-

1) So z. B. sagt der neuste Bearbeiter der Lehre von der neg. gestio, *Ruhstrat* (Archiv f. civ. Pr. Bd. 32. S. 184), er wolle „versuchen, durch allgemeine Betrachtungen die Frage zu ergründen, welche Voraussetzungen eine *Gesetzgebung vernünftigerweise* dazu veranlassen können, aus einer *an und für sich unbefugten* (?) Geschäftsführung, d. h. (?) aus einer Geschäftsführung, zu welcher der Gestor weder durch das *Gesetz* noch durch die *Obrigkeit* noch durch einen mit dem Geschäftsherrn abgeschlossenen *Contract* berechtigt ist, eine gegenseitige (?) Obligation entstehen zu lassen, und *dadurch die an sich unbefugte* (?) *Geschäftsführung für befugt* (?) *zu erklären*"!

2 rade von der nicht strafbaren Einmischung reden, so kann nur noch eine doppelte Möglichkeit gedacht werden. Es können *einerseits* die Lebensverhältnisse eines Volks noch so unentwickelt sein, daß die Privatsouverainetät (ich darf wohl, ohne Mißverständniß fürchten zu müssen, das Wort fort gebrauchen) eine gleichsam in ihrem eigenen Kreise noch ganz ruhende, ohne Gewaltthätigkeit über ihre Gränzen nicht hinausblickende und hinaushandelnde ist. Solche Zustände macht in der That jedes Volk durch, ganz gleichartig wie auch die Staatssouverainetät sich zunächst nur in dem inneren Kreise ihres Territoriums zu bewegen beginnt. In solchen Zuständen ist dann eben nach der Lebensweise dieses Volks ein Einmischen der einen Privatperson in die Vermögensangelegenheiten des Anderen etwas Unbekanntes, und die Einführung eines Rechtsinstitutes durch Gesetzgebung ein ganz thörichter Luxus. *Andererseits* aber können (und ziemlich jedes geistig höher stehende Volk wird allmälig dahin gelangen) solche Verhältnisse bestehen, wonach (ebenso wie sich dies auch bei den Staaten entwickelt) der Blick ein in der verschiedensten Weise über das eigene Territorium hinausgerichteter ist, nicht bloß so daß man das fremde Territorium friedlich neben sich anerkennt und mit ihm in die mannigfachsten Beziehungen des zum eigenen Vortheil dienenden Handels und Verkehrs tritt, sondern auch so daß das natürliche Gefühl der Coexistenz uns treibt dem Nachbar beizustehen wo es ihm schlecht geht oder wo er's braucht, ohne daß wir auch nur die Absicht hätten (wir schließen ja gerade alles aus, was dann durch Rechtssätze für unerlaubt oder Delict erklärt wird), das Schwergewicht seiner eigenen Souverainetät durch ein schmerzendes Übergewicht der unsrigen zu beeinträchtigen.

In solchen entwickelteren Lebenszuständen befinden wir uns seit lange. Sie haben sich schon in unseren Staatenverhältnissen geltend gemacht, wie viel mehr müssen sie sich in den der

Menschheit viel näher liegenden Privatverhältnissen bereits ganz 2
consolidirt haben. Damit aber giebt es denn auch eine naturalis ratio unserer (und auch schon der Römischen) Lebensverhältnisse in Betreff der ungerufenen Einmischung der Privatperson in die Vermögensangelegenheiten des Nebenmenschen. Diese naturalis ratio ist der Boden, auf dem ein *Rechts*institut überhaupt erst gebaut werden kann, aber indem sie etwas selbständig vor dem Rechte Existirendes ist, so steht es Gesetz und Gewohnheitsrecht nicht frei, nach vernünftiger Zweckmäßigkeits-Erwägung eine gleichsam unbeschriebene Tafel zu beschreiben, sondern die Rechtsquellen finden einen realen Stoff mit darin schon wirklich bestehenden genaueren Regeln vor, den sie nie, ohne arge und peinliche Rückschläge zu erhalten, unbeachtet lassen dürfen.

Es versteht sich also von selbst, daß wo im Leben des Volks die ungerufene Einmischung in fremde Angelegenheiten sich gebildet hat, Gesetz und Gewohnheitsrecht sie (die wir ja gerade als ein Gebiet *voraussetzen*, in dem sich nicht ein schmerzendes Übergewicht der einen Souverainetät über die andere geltend macht) als ein gültiges Verhältniß auch im Kreise des Rechts zulassen und mit den seiner Natur adäquaten Rechtswirkungen bekleiden wird. Kurz wir haben hier ein Rechtsinstitut vor uns, das sich auf naturalis ratio stützen muß, und das macht es so gut für das Setzen der Rechtssätze wie für das richtige Verständniß der gesetzten nöthig, zunächst selbständig die naturalis ratio bis in ihre feinsten Beziehungen hinein zu erkennen.

§. 3. Bei der Einmischung in fremde Vermögensverhält- 3
nisse tritt für die Gesammtheit der im Leben sich ereignenden Fälle eine Unterscheidung hervor, die sich auf die factischen Voraussetzungen bezieht, unter denen die Einmischung statt findet. Es ist nämlich zunächst möglich, daß sich ein Vermögens-

3 stück, welches seiner materiellen Substanz nach zu dem Vermögenskreise des einen Subjects gehört, augenblicklich in verschiedener Weise im factischen Innehaben eines Anderen befindet, und dies der Anlaß zu einem materiellen Einwirken auf dies Vermögensstück und damit also auf einen fremden Vermögenskreis wird. Die Römer nennen diese Lehre die Impensen. Es kommt die Einmischung aber auch als ein wahres Hinübergreifen in Verhältnisse vor, die nicht bloß materiell sondern auch factisch oder formell in dem Vermögenskreise und der Herrschaft des Anderen liegen. Die Lehren der Römer, welche unter diese Voraussetzung fallen, sind die actio de in rem verso und die negotiorum gestio.

Mit dieser Unterscheidung, indem darin nur ein rein äußerlicher Gegensatz angegeben ist, haben wir eine Antwort auf die Frage, worin die Einmischungen selbst bestehen, welche im Leben vorkommen, noch gar nicht gewonnen, und es ist klar, daß jener Umstand des factischen Innehabens oder Nichtinnehabens freilich wohl wichtige äußere Folgen haben, dagegen die Frage von dem inneren Charakter der verschiedenen Einmischungsarten gar nicht treffen kann. Mit anderen Worten: was wir für die letztere Frage als wahr hinzustellen haben, wird durch jene factische Unterscheidung nicht tangirt, und ist also wahr und gültig in allen beiden dadurch gegebenen Fällen. Hierin liegt, daß eine abgesonderte Untersuchung einer jener drei Lehren von den Impensen, der actio de in rem verso und der negotiorum gestio nie zu sicheren Resultaten führen kann, und daß nur wenn man die überhaupt aufzustellenden Sätze durch alle drei Institute hindurchgeführt hat, von einer Erschöpfung der ein einziges dogmatisches Ganze bildenden Lehre die Rede sein kann.

Hiernach soll die folgende Untersuchung eingerichtet werden. Die negotiorum gestio, von deren Besprechung ich, an-

knüpfend an die heutige Richtung unserer Schriftsteller, in meiner bisherigen Betrachtung ausgegangen war, bildet nur einen der drei Hauptpunkte dieser Abhandlung, und es wird auch zweckmäßig sein, zu ihm erst nach der Erledigung der beiden anderen Institute zu gelangen. —

Was ist denn nun aber der innere sich durch alle diese drei Institute gleichmäßig hindurchziehende Charakter der erlaubten ungerufenen Einmischung in das Vermögensterritorium einer fremden Privatsouverainetät? Die aus einer genauen Betrachtung des Einzelnen zusammenzubauende Gesammtantwort ist eben der Gegenstand dieser Schrift. Ich will das Ziel, zu dem wir gelangen werden, schon hier von fern aus weisen. Freilich kann es so zunächst nur klein und undeutlich erscheinen, erst nachdem wir den Weg zurückgelegt haben werden, läßt sich das Ganze genau in der Nähe anschauen.

Die Gesammtheit der Fälle, in denen eine zulässige Einmischung in das fremde Gebiet nach unseren und auch schon den Römischen Lebensverhältnissen statt findet und überhaupt denkbarer Weise statt finden kann, zerlegt sich in drei verschiedene Klassen. Entweder handelt es sich bei der Einmischung um die Verringerung des fremden Vermögenskreises, also um Schaden und dessen Abwehr durch die Einmischung; oder sie enthält eine Vergrößerung des fremden Vermögenskreises, also Bereicherung des Subjects, dem dieser Vermögenskreis zugehört; oder endlich es stützt sich die Einmischung, wenn und weil das objective Minus und Plus des fremden Vermögens nicht in Frage kommt, auf gar keinen objectiven sondern zunächst nur den subjectiven Grund der Lust und des Behagens des sich Einmischenden; damit hier, was wir ja immer voraussetzen müssen, ein wirklich factisch schmerzendes Übergewicht der einen Privatsouverainetät über die andere nicht statt finde, wird vorherrschend noch das weitere subjective Moment des Willens des fremden

3 Subjects, in dessen Vermögenskreis die Einmischung statt fand, erforderlich sein.

Diese drei Klassen will ich, einstweilen ohne weiteren Beweis, das *necessarium*, *utile* und *voluptarium negotium* nennen. Der Verlauf der Darstellung wird wohl die Rechtfertigung dieser Bezeichnungsweise ergeben. Alle diese drei Klassen sind ein reines Ergebniß der naturalis ratio, und daß dem so sei, wird einer genau in's Einzelne gehenden Beweisführung bedürfen. Daß aber diese drei Klassen nicht bloße Natursätze seien, sondern daß und in welcher Weise und mit welchen einzelnen daraus weiter hervorgehenden Consequenzen dieselben in das Römische Recht und durch Letzteres weiter in unser positives Recht Aufnahme gefunden haben, das ist der zweite Hauptpunkt, dessen Nachweis man von der vorliegenden Schrift fordern wird.

II.

Die Impensen.

§. 4. Der Begriff der Impensen ist ein so mannigfache 4 Momente in sich begreifender, daß eine Zusammenfassung in wenige Worte leicht nicht nach allen Seiten zutrifft. Wir wollen uns einstweilen damit begnügen, sie (ähnlich wie in den vorhergehenden §§.) als Verwendungen zu denken, die man auf die Sache oder den Sachencomplex eines Anderen, welche man in Händen hat, macht.

Wir schließen damit aus dem engeren Begriff der Impensen die Verwendungen aus, welche der Eigner auf die ihm zugehörige Sache verausgabt, ohne daß wir aber doch umgehen könnten, diese ausgeschlossenen Verwendungen vorab eines kurzen Blicks zu würdigen. Ich bemerke von vorn herein, daß ich hier absichtlich das Wort „Eigner" in einem weiteren Sinn nehme, um damit sowohl den Eigenthümer von körperlichen Sachen als auch den, welcher noch anderweite Vermögensgegenstände in seinem materiellen Vermögen (in bonis) hat, durch einen kurzen Ausdruck zusammenfassen zu können.

Die Verwendungen nun des Eigners auf seine Sachen haben folgende Bedeutung. Die Dinge dieser Welt kommen für das Rechtsleben überhaupt nur in Betracht, soweit die Menschheit sie in der einen oder anderen Weise ihrer Herrschaft unterwirft. Dies Unterwerfen aber ist die Folge des Umstandes, daß

die Sache in der einen oder anderen Weise geeignet ist, dem Menschen einen Nutzen (im weitesten Sinne des Worts) zu gewähren, und daß demgemäß der Mensch in seiner subjectiven Anschauung auf die Sache „Werth" legt. Dieser Nutzen nun aber ist bekanntlich nach der Weltordnung in den seltensten Fällen ein dem Menschen, der sich die Sache unterwirft, ohne alle weitere Thätigkeit zufließender. Der Spruch: „die Götter verkaufen dem Menschen Genuß um Arbeit" reicht noch weiter als die Worte zunächst sagen. Der Mensch muß, um den Nutzen zu ziehen, den er beabsichtigt, um die Sache dauernd in dem Zustand zu erhalten, der ihm Nutzen bringt u. s. w., meistens nicht bloß arbeiten, sondern auch wieder andere Sachen in die Hauptsache hineinstecken [1]). Beides, diese Arbeit und die zu verarbeitenden Sachen fassen wir unter den Verwendungen zusammen, und sogut wie die Hauptsache, so haben auch diese Verwendungen ihren „Werth", welcher sich in der Schätzung des Befreitseins davon ausspricht. Die Verwendungen sind eine Last, die natürlich nür den Eigner der Sache, wo er nicht aus besonderen Gründen gewußt hat sich davon los zu machen, trifft.

Diese Sätze sind so einfach und allbekannt, daß es kaum nöthig scheinen mögte, sie hier zusammenzustellen. Und doch war es durchaus erforderlich, schon um ihre Qualität hervorzuheben. Es sind Natursätze, und zwar sich so sehr von selbst verstehende, daß das Recht es gar nicht nöthig gefunden hat,

1) Die naturgemäße Folge, daß, wenn er um jenes Zweckes willen die Verwendungen gemacht hat, ihm der Nutzen nun auch wirklich hinterdrein zukommen muß, ist ohne Zweifel in den Worten des Fr. 10. de reg. jur. „secundum naturam est commoda cujusque rei eum sequi, quem sequentur incommoda," ebensosehr gemeint, als ein anderer Satz, den man heutzutage allein in dieselben hineinlegt, (Jhering Abhandl. aus d. R. R. S. 3.). S. auch z. B. Livius V. 4. „Nusquam nec opera sine emolumento, nec emolumentum ferme sine impensa opera est. Labor voluptasque, dissimillima natura, societate quadam inter se naturali sunt juncta."

sie im Allgemeinen besonders zu sanctioniren [2]). Sie sind also 4
zunächst keine Rechtssätze, aber als ganz unumstößliche Fundamentalsätze für unsere menschlichen Lebensverhältnisse bilden sie gerade den Angelpunkt für eine ganze Reihe von anderen sich um sie herum bewegenden Natursätzen, die dann freilich gar nicht mehr so ganz dem ersten Blick erkennbar sind, und eben deßhalb eine besondere Anerkennung im Gebiete des Rechts nicht als unzweckmäßig erscheinen lassen.

§. 5. Diese Natursätze, welche sich an jenen den Eigner 5
betreffenden als an ihren Angelpunkt anlehnen, können wir unter zwei Gesichtspunkte auseinander legen, und indem wir dieselben weiter verfolgen wollen, kehren wir zu der engeren Bedeutung von Impensen zurück, die im Anfange des vorigen §. erwähnt wurde.

Der erste dieser Gesichtspunkte ist freilich von der Art, daß wir ihn nur im Vorbeigehen in Betracht ziehen können. Er umfaßt Sätze, die sich sogleich als unmittelbare Folgesätze jenes auf den Eigner gerichteten Fundamentalsatzes ausweisen. Wenn wir nämlich sagen, daß naturali ratione der Eigner, weil er den Nutzen haben will, auch die dazu erforderlichen Verwendungen als Last auf sich nehmen muß, und weil er die Verwendungen auf sich nimmt, nun auch auf den Nutzen von der Sache Anspruch macht, — so dürfen wir offenbar die Person des Eigners ganz aus dem Spiele lassen, und völlig abstract den Satz so aussprechen: Nutzen und Verwendungen balanciren sich naturgemäß, und für das Recht wird selten ein Grund vorliegen dem entgegenzutreten. Hierin aber liegt nun, daß, wenn der

2) Nur unter besonderen Voraussetzungen treten sie im geschriebenen Recht hervor; so namentlich in dem Satz, daß auch für den bedingt auf eine Sache Berechtigten, unter der Voraussetzung daß hinterdrein die Bedingung eintritt, die vorher gemachten Verwendungen eine von ihm selbst zu tragende Last sind. Fr. 61. de legat. I.

5 Nutzen vom Eigner auf eine andere Person hinübergetragen wird, dann die naturgemäß dem gegenüber balancirenden Impensen auf den Nutzenden mit übergehen müssen. Er leistet also nun diese Verwendungen auf eine nach der einen Richtung hin *fremde* Sache deßhalb, weil sie nach einer anderen Richtung nicht bloß formell in seiner Hand, sondern materiell zu seinem eigenen Vermögen gehört.

Sobald wir dies als richtig zugeben, werden wir nothwendig noch wieder weiter geführt. Viele Sachen tragen natürliche Früchte, aber um diese zu erzielen, bedarf es einer gewissen Cultur der Sache. Diese Culturkosten lösen sich noch wieder von dem Kreise der gesammten Impensen ab, und balanciren sich selbständig mit der Fruchtziehung. Wer also die Fruchtziehung hat, muß stets die Kosten der Fruchtcultur davon abziehen [1]). Aber auch noch bei den übrigen Verwendungen finden sich weitere naturale Beziehungen. Bedeutende Impensen, welche den Zweck haben dauernd die Substanz der Sache zu bewahren, müssen natürlich den treffen, in dessen Vermögenskreise (wer auch einstweilen den Gebrauch oder die Früchte der Sache hat) die Substanz der Sache liegt. Vorübergehende (also auch geringere) Ausgaben auf die Conservirung der Sache wiegen sich ab mit der Stellung dessen, der einen der Zeit nach correspondirenden vorübergehenden Gebrauch an der Sache hat. Kein Mensch wird läugnen, daß es ein Natursatz sei, daß derjenige, dem auf einen Tag ein Pferd commodirt wird, aus eigner Tasche die Fütterung bezahlen muß, deren das Pferd nach natürlichem Bedürfniß an diesem Tage bedarf.

Wie steht nun der Jurist und der Richter heutzutage zu diesen Natursätzen? Offenbar ganz frei hat er sie ohne Rechtssatzung auch in der Praxis, ebenso wie schon der Römische Richter, anzuwenden, sobald in den *Rechtsinstituten*, in denen in

1) Fr. 46. de usuris. s. noch z. B. Fr. 10. §. 9. mandati.

der verschiedensten Weise Nutzung, Gebrauch und Fruchtziehung 5 als dem Einen oder Anderen zustehend normirt sind und in die nun jene Natursätze im genausten Zusammenhang mit der Nutzung einschlagen, nicht etwa ein besonderer Grund vorliegt, daß der Richter die der Nutzung gegenüber naturgemäß balancirenden Impensen außer Acht lassen solle. Der Richter hat die in ein Rechtsinstitut einschlagende naturalis ratio zu verwenden, auch wenn keine Rechtsquelle irgend deren Sätze verzeichnet, sobald nur nicht Wesen oder Fassung des einzelnen Rechtsinstitutes dem Waltenlassen der naturalis ratio sich als widerstrebend zeigt. Wo dies aber nicht der Fall ist, wie das denn in der That der Charakter der hier in Betracht kommenden Rechtsinstitute ergiebt, da dürfen wir auch in den Ländern des gemeinen Rechts der naturalis ratio bei der Rechtsanwendung folgen, auch wenn im Corpus juris Nichts davon verzeichnet wäre. Da es sich indeß hier um die feineren Verzweigungen der naturalis ratio handelt, so ist es für eine sichere und bequeme Handhabung des Rechts im practischen Leben allerdings nicht unzweckmäßig, wenn die wichtigsten Fälle als Anhaltspunkte für den Richter in den Rechtsquellen verzeichnet werden, obgleich man dabei nie vergessen darf, daß eine genaue Verzeichnung aller Fälle weder möglich noch nöthig ist, und es auch in Betreff der verzeichneten Fälle nie gelingen wird, die naturalis ratio für alle factischen Voraussetzungen ganz genau im Voraus zu präcisiren, man also doch immer dem Richter ein gewisses arbitrium bei Anwendung derselben übrig lassen muß.

Eine solche Verzeichnung der Hauptfälle hat nun in der That (während dem früheren Römischen Richter und Juristen hier für sein Ermessen über den Inhalt der naturalis ratio keine anderen Gränzen als die des jus respondendi gegeben waren) aus der Römischen Jurisprudenz heraus im Corpus juris statt gefunden, aber nach der heutzutage herrschenden Behandlungs-

weise des Römischen Rechts wird man diese Hauptfälle, die danach allerdings eine formelle Geltung in den Ländern des gemeinen Rechts haben, wenn ich nicht irre, folgendermaßen behandeln. Es sei, wird man sagen, aus diesen einzelnen Fällen das Princip, das in ihnen liegt, herauszuziehen und auf andere nicht verzeichnete Fälle durch Analogie anzuwenden. Dies ist ganz unrichtig und eben nur die Folge falscher allgemeiner Anschauungen. Diese Folgesätze der naturalis ratio sind etwas objectiv Gegebenes, der Richter wendet sie (unter den erwähnten Restrictionen) an, auch wenn sie gar nicht im positiven Recht verzeichnet sind, und er wendet die nicht verzeichneten Fälle keineswegs deßhalb an, weil er andere im Recht als Anhaltspunkte für seine practische Thätigkeit angegeben findet. —

Die einzelnen Fälle nun, in denen sich in den Römischen Quellen jenes naturale Princip des Abwägens der Impensen gegen die Fruchtziehung und den Gebrauch ausgesprochen findet, sind folgende:

Der Usufructuar muß, weil er in so weitgreifendem Maaß die Sache benutzt, jedenfalls die auf die Fruchtziehung verwandten Kosten [2]), aber auch die auf die Substanz der Sache verausgabten necessariae impensae wenigstens in einem beschränkten Umfange übernehmen [3]) und er erhält im Übrigen wegen der utiles und voluptariae impensae (welche er, sobald dabei nur in der Weise des dominus verfahren wird, nach seinem Gefallen machen darf [4])) keinerlei Ersatzanspruch gegen den dominus. Ähnlich wie beim Usufructus tritt es auch bei den *operae servorum* hervor, daß fructus deductis necessariis impensis intelligitur [5]), ein Satz

2) Fr. 13. §. 6. Fr. 50. de usufr.

3) Fr. 7. §. 2 de usufr. „*modica* refectio." Fr. 45. eod. „impendia cibariorum in servum, et valetudinis impendia." Fr. 48. pr. Fr. 64. eod.

4) Fr. 7. §. 3. Fr. 13. §. 7. Fr. 27. §. 2. Fr. 44. de usufr.

5) Fr. 4. 6. §. 3. de operis serv.

der ferner beim *bon. fidei possessor* in seinem Verhältniß zum 5 Eigenthümer die Folge hat, daß er die sumtus, soweit sie nicht die vor der Litiscontestation percipirten Früchte übersteigen, nicht ersetzt verlangen kann [6]). Ganz gleichartig ist sodann die Behandlung der Impensen, welche der Ehemann für die dos aus eigenen Mitteln prästiren muß. Hier werden nicht bloß die laufenden Culturkosten auf die gezogenen Früchte abgerechnet [7]), sondern der Ehemann hat auch, ganz gleichartig mit dem Usufructuar, die laufenden und kleineren nothwendigen auf die Substanz gemachten Ausgaben, z. B. cibaria dotalibus mancipiis data, quaevis modica aedificiorum dotalium refectio et agrorum quoque cultura, selbst zu tragen [8]). Offenbar geht es aus dem vollen Gebrauchsrechte des Mannes (abgesehen von dem Fruchtziehungsrecht [9])) hervor, daß er diese mit dem täglichen Gebrauche der Sache gleichsam unzertrennlichen Ausgaben nicht ersetzt verlangen kann. Es erweist sich dies aus einem anderen in dieser Hinsicht dem Recht des Ehemanns ganz gleichartigen, wenn auch nur obligatorischen, Gebrauchsrechte, nämlich dem des Commodatars, welchem der Römische Jurist ganz ähnliche Pflichten als dem Ehemanne und Usufructuar auflegt, nur daß nach dem geringeren Umfange des Gebrauchsrechts eines Commodatars das richterliche Arbitrium wohl einen geringeren Maaßstab anzulegen berechtigt ist.

6) Fr. 48. de rei vind. Vgl. im Gegensatz hiezu Fr. 36. §. 5. Fr. 37. de her. pet. Fr. 65. §. 5. de cond. indeb. Fr. 10. §. 9. mandat.

7) Fr. 3. §. 1. Fr. 13. 16. de impensis in res dot. factis.

8) Fr. 15. de imp. in res dot. Fr. 12. eod. (Paul.) — Omnino et in aedificandis aedibus, et in reponendis propagandisque vineis, et in valetudine mancipiorum *modicas* impensas non debet arbiter curare; *alioquin negotiorum gestorum potius, quam de dote judicium videbitur.*

9) Wenn man nicht den Gebrauch mit unter die Fruchtziehung im weiteren Sinn bringen will, wie dies allerdings auch einmal von Ulpian geschieht. Fr. 7. §. 16. sol. matrim.

5 Fr. 5. §. 2. Commodati. — — nam cibariorum impensae *naturali scilicet ratione* ad eum pertinent, qui *utendum* accepisset. Sed et id quod de impensis valetudinis aut fugae diximus (daß Krankheitskosten und Verfolgungskosten des flüchtigen Sklaven den Commodatar an sich nicht treffen), ad *majores* impensas pertinere debet; *modica* enim impendia verius est, ut, sicuti cibariorum, ad eundem pertineant [10]).

Das ganze Princip, dessen einzelne Ausflüsse wir hiermit besprochen haben, ist, wie Gaius ausdrücklich sagt, ein auf der naturalis ratio ruhendes [11]), und es betrifft Punkte, bei deren Entscheidung in den einzelnen Fällen durchaus dem Richter ein freies Ermessen überlassen bleiben muß [12]). Diesem Arbitrium des Richters werden wir in der Impensenlehre noch öfter begegnen.

6 §. 6. Der zweite der Gesichtspunkte, unter welchem sich weitere Sätze der naturalis ratio an jenen Cardinalsatz, daß der Eigner die Last der Verwendungen trage, anknüpfen, ist derjenige, welcher uns nach dem Zwecke dieser Schrift vorzugsweise interessirt und fortan beschäftigen wird.

Wir wollen voraussetzen, daß die Sache sich in der Hand einer Person befindet, welche nicht der Eigner und auch nicht ein solcher ist, der in der Weise des vorigen §. wegen eines Nu-

10)) vgl. Lex Dei X. 2. §. 5.

11) Ebenso Paulus: Fr. 36. §. 5. de her. pet. — Fructus intelliguntur deductis impensis, quae quaerendorum cogendorum conservandorumque eorum gratia fiunt. Quod non solum in bonae fidei possessoribus *naturalis ratio* expostulat, verum etiam in praedonibus, sicut Sabino quoque placuit.

12) Fr. 15. cit. — Quae autem impendia secundum eam distinctionem ex dote deduci debeant, non tam facile in universum definiri, quam per singula ex genere et magnitudine impendiorum aestimari possunt.

tzungsrechtes die Verwendungen selbst zu tragen hätte. Wir 6
gelangen alsdann durch die Annahme des Gemachtseins von Impensen von Seiten des Innehabers der Sache zu einem Verhältniß, bei dem es einleuchtet, daß in der Verwendung ein Einmischen in den Vermögenskreis und die Privatsouverainetätssphäre des Eigners enthalten ist, welches (so weit kein verletzendes Gedrücktwerden des Eigners vorliegt) naturgemäß zu einer Ausgleichung der Ausgabe zwischen den beiden betheiligten Personen hindrängen wird.

Es kommt nun zunächst Alles darauf an, zu sehen, in welcher Weise das Einmischen der eben bezeichneten Art im Privatleben vorkommt. Wir könnten dies dadurch erreichen, daß wir unmittelbar aus dem uns umgebenden menschlichen Verkehr (sei es aus Proceßacten, sei es, was noch wichtiger ist, aus Fällen, die gutwillig von beiden Seiten anerkannt worden sind) uns den Stoff für unsere Untersuchung, die eben fürerst nichts als *Naturstudium* ist, zusammensuchten. Wir wollen ja das im Leben reell Existirende uns vor Augen führen, es nach den in ihm steckenden verschiedenen Gestaltungen in die sich ergebenden Gruppen auseinander legen, wir wollen, indem wir diese Gruppen zusammenordnen, sicher sein, daß wir alles Hiehergehörende wirklich auch erfaßt haben.

Der Zweck nun aber der vorliegenden Schrift, außer der Entwicklung der naturalis ratio zugleich den Inhalt der Römischen Quellen vorzuführen, läßt mich einen anderen Weg gehen, der indeß auch in jener Hinsicht zum Ziele führen wird. Die Römischen Juristen haben nämlich bei dem richtigen Standpunkt, auf dem sie stehen, jenes Naturstudium auch ihrerseits schon unternommen, und indem wir doch ihren Untersuchungen natürlich unsere Aufmerksamkeit zuwenden müssen, so lehrt uns nun der erste Blick auf dieselben im Vergleich zu dem uns umgebenden Leben, daß der naturale Stoff, von dem bei unserer Lehre aus=

6 zugehen ist, noch für unsere Gegenwart im großen Ganzen durchaus derselbe ist, als er bei den Römern war. Wir gehen also den einfachsten und zugleich instructivsten Weg, wenn wir unser Naturstudium „an der Hand der Römer" vornehmen, und dabei nur stets den Blick auf die Gegenwart frei behalten. —

Die Römer theilen bekanntlich die Impensen in die drei Gruppen der *necessariae, utiles* und *voluptariae.* Es wird sich zeigen, daß diese Eintheilung keineswegs auf irgend einem Rechtssatz beruht, sondern das einfache Ergebniß der Betrachtung des Lebens und der darin vorkommenden Fälle ist. Gehen wir nun sogleich darauf ein, das Detail dieser drei Gruppen durchzumustern.

Unter *necessariae impensae* verstehen die Römer alle die Ausgaben, welche dazu dienen eine Sache oder einen Sachencomplex vor drohendem Untergang oder Schaden zu bewahren [1]). Ehe wir die einzelnen Fälle des Lebens, welche unter diesen Gesichtspunkt sich zusammenordnen, vor uns vorüberpassiren lassen, müssen einige allgemeine Sätze, von denen es deutlich sein wird, daß sie auf alle Fälle passen, vorausgeschickt werden.

Den Schaden oder Untergang, welcher einem Vermögensstücke droht, wird der Eigner der Sache schon aus eigenem Interesse mit Aufwand von Arbeit und anderweitigen Gegenständen abzuwenden streben. Ihn treibt dazu in ganz natürlicher Weise die Nutzbarkeit der Sache und ihr in seinem Vermögens-

1) Fr. 12. de imp. in res dot. (Ulp.) — Impensae necessariae sunt, *quibus non factis dos imminuitur.* — Fr. 79. pr. de verb. sign. (Paul.) — Impensae necessariae sunt, quae si factae non sint, *res aut peritura aut deterior futura sit.* — Ulpian's Erklärung in Fr. 1. §. 1. de imp. in res dot. („necessariae hae dicuntur, quae habent in se necessitatem impendendi") erläutert die Worte ungeschickt lediglich durch sich selbst — s. noch Ulpian. Fragm. VI. §. 15.

kreise liegender Werth. Weil aber dies natürliche Getrieben- 6 werden vorliegt, so folgt auch, daß, wenn durch ein besonderes Verhältniß dem Eigner gegenüber ein Anderer in Betreff der Sache levis culpa zu prästiren hat, auf diesem damit die Verpflichtung ruht, sich nicht weniger durch jenes natürliche Interesse treiben zu lassen, als es den Eigenthümer zur abwehrenden Thätigkeit spornen würde, weßhalb denn ein Unterlassen solcher Thätigkeit als Verletzung der juristisch obliegenden Verpflichtung erscheint [2]).

Wenn dagegen umgekehrt der Inhaber der Sache, gleichviel ob er durch ein besonderes Verhältniß dem Eigner zur custodia verbunden ist oder nicht, dem drohenden Übel mit seiner Thätigkeit entgegen tritt, so erscheint als der natürliche Inhalt dieses Thuns (wo nicht noch besondere Momente, die wir hier nicht voraussetzen, hinzutreten) lediglich die Erweisung eines Gefallens oder Beneficium. Mag es auch sein, daß man durch frühere Übernahme oder selbst durch den Umfang des eigenen Interesses zum Prästiren vollständigster Sorgfalt verbunden ist, so läßt sich doch immer dabei nicht läugnen, daß es für den Eigner eine dankenswerthe Lage der Dinge war, wenn zur rechten Zeit vor dem Geschehen des Schadens Jemand da war, der zum Zwecke der Abwehr das Erforderliche anordnete.

Es ist nun aber von Interesse, noch genauer zu prüfen, gegen wen denn eigentlich dieser Gefallen im wahren Sinn gerichtet erscheint. Niemand wird läugnen, daß die Vornahme dieser Impensen oft als die Folge eines specifisch freundschaftlichen Verhältnisses auftritt, aber ebensowenig kann es in Zweifel gezogen werden, daß dies keineswegs der alleinige und ste-

2) Fr. 4. de impens. in res dot. — Et in totum videtur necessariis impensis contineri, quod si a marito omissum sit, judex tanti eum damnabit, quanti mulieris interfuerit, eas impensas fieri. Fr. 31. §. 3. de her. pet.

6 tige Grund des Ganzen ist. Es kommen der Fälle übergenug im Leben vor, wo man sich veranlaßt sieht die Sache eines Anderen, die man in Händen hat, ohne alle im wahren Sinn freundschaftliche Beweggründe vor Verschlechterung oder Untergang zu bewahren. Ja es geht noch weiter. Man handelt gar häufig gar nicht mit specieller Rücksicht auf eine bestimmte uns bekannte Persönlichkeit des Eigners, sondern lediglich mit Rücksicht auf die Sache. Die Sache interessirt uns, die Person des fremden Eigners kommt uns vielleicht gar nicht (wenn wir uns nämlich selbst für den Eigner halten) oder nur so weit in Betracht, als wir die Sache nicht für herrenlos ansehen, und also irgend ein beliebiges Subject annehmen, in dessen Vermögenskreis das Bewahrtsein der Sache vor Schaden zurückschlagen wird.

In dieser Verschiedenheit der Fälle, bei denen der Charakter der Verwendung für die Person des Eigners stets derselbe bleibt, liegt, daß eine bestimmte contemplatio domini hier kein wesentliches Moment ist, daß daher auch die für die Sache vorgenommenen Impensen zunächst auf die Sache[3]), und erst dadurch mittelbar auf die Person des Eigners zurückfallen. Sie treffen die Person des Eigners, weil sie an der Sache kleben, und wir voraussetzen, daß der Eigner sein Recht an dieser Sache aufzugeben nicht Lust hat[4]).

3) Diesen Umstand erkennen die Römer mit Recht so vollständig an, daß sie es sogar für den Besitzer eines Sachencomplexes als eine necessaria alienatio betrachten, wenn er Sachen davon verkauft, um den Betrag dieser Impensen zu decken: Fr. 53. de her. pet. — Non solum ad aes alienum hereditarium exsolvendum *necessaria* alienatio possessori est, *sed et si impensae necessariae in rem hereditariam factae sunt a possessore*, vel si mora res periturae deterioresve futurae erant.

4) Als Eigner der Sache kann nun hiebei nicht bloß der Eigenthümer der körperlichen Sache, sondern auch noch ferner z. B. der Usufructuar erscheinen, soweit die necessariae impensae nach §. 5. als Last in seinen Vermögenskreis fallen. Fr. 64. de usufr. Fr. 48. pr. (Ausführung der Im-

§. 7. Die einzelnen verschiedenen Gestaltungen, welche die Römischen Quellen hie und da zerstreut als necessariae impensae mittheilen, sind nun folgende:

1. Wiederherstellung eines schadhaft gewordenen Gegenstandes[1]), insbesondere Reparatur von Gebäuden.
2. Erbauung nöthiger neuer Gebäude und Werke[2]). Unter „nöthig" ist dabei offenbar ein opus verstanden, bei dessen Unterlassung das ganze Grundstück nach der Art seiner Benutzung und Bewirthschaftung physisch Schaden leiden oder im Werth sinken würde.
3. Bewahrung der Grundstücke durch Dämme vor Wassersfluth[3]).
4. Einrichtung zur gehörigen Bepflanzung und Besäung von Grundstücken[4]), abgesehen von den laufenden Culturkosten.
5. Krankheitskosten für Sklaven[5]); Kosten für kranke Thiere werden nicht erwähnt, stehen aber natürlich jenen gleich.

---

pensen mit Contemplation der Person des Usufructuars — *negotior. gestio*). Fr. 50. eod. (Ausführung ohne Contemplation — *exceptio doli.*)

1) Fr. 1. §. 3. de imp. „si aedificium ruens *refecerit;*" Fr. 4. eod. „si *fulserit* insulam ruentem;" Fr. 14. pr. eod. „aedificia vetera *fulcire* itemque *reficere;*" Fr. 7. §. 2. de usufr.; Fr. 33. de cond. indeb.; Fr. 8. pr. de pign. act.; Fr. 7. §. 16. sol. matr.; Fr. 58. 59. de legat. I; Fr. 39. pr. de her. pet.; Fr. 13. §. 2. de act. emt. vend.

2) Fr. 1. §. 3. de imp. „pistrinum vel horreum *necessario* factum;" Fr. 12. eod.; Fr. 7. §. 16 sol. matr. „novam villam *necessario* exstruxit."

3) Fr. 1. §. 3. de impens. „moles in mare vel flumen projectas" (wohl nicht zum Fischfang); Fr. 14. eod. „aggeres facere, flumina avertere."

4) Fr. 3. 12. de impens.; Fr. 14. eod. „arbores in locum mortuarum reponere;" Fr. 1. §. 3. eod. „oliveta dejecta restaurare."

5) Fr. 2. 12. de impens.; Fr. 45. de usufr.; Fr. 18. §. 2. Commodati; Fr. 8. pr. de pign. act.; Lex Dei. X. 2. §. 5. (Kosten für den Sklaven „alias laborantem"); Fr. 13. §. 22. de act. emt.

6. Kosten für Verfolgung flüchtiger Sklaven [6]), ebenso auch bei weggelaufenen Thieren denkbar.

7. Ernährung (cibaria) der Sklaven (und Thiere), was sich auch auf Freigelassene weiter erstreckt [7]).

8. Begräbnißkosten eines Sklaven [8]).

9. Die Ernährung der Frau, wenn eine dos versprochen ist, erscheint als eine auf dieser dos ruhende Last; weßhalb z. B. der Mann, wenn er sie aus eigenen Mitteln prästirt hat, zugesagte Zinsen der nicht geleisteten dos berechnen kann [9]).

10. Ernährung von Personen, deren Alimentation dem Eigner der Güter obliegt [10]).

11. Erfüllung von Ehrenpflichten für den Herrn der Güter, die man im Besitz hat [11]), dagegen nicht, was man pietate debita ductus einem Anderen, insbesondere einem Verwandten, geleistet hat [12]).

12. Auslage der auf ein Grundstück zu leistenden Lasten, zu deren Leistung auch der Eigenthümer gezwungen werden könnte [13]).

13. Was man ex stipulatione damni infecti nomine, ne committatur, geleistet hat [14]).

---

6) Fr. 18. §. 2. Commodati.

7) Fr. 45. de usufr.; Fr. 18. §. 2. Commod.; Lex Dei. X. 2. §. 5.; Fr. 23. Depositi (s. Glück Commentar XV. S. 200. Not. 39.); Fr. 1. §. 8. de tutel. act.

8) Fr. 13. §. 22. de act. emti (vgl. Fr. 37. de religios.)

9) Fr. 42. §. 2. solut. matr.

10) Fr. 1. §. 4. u. 8. de tutel. act.

11) Fr. 58. de her. pet. — „erogationem in honorem filii, quum esset senator, fecit ex ea.“

12) Fr. 50. fam. ercisc. — quae pater filio emancipato studiorum causa peregre agenti subministravit. Fr. 1. §. 5. de tut. act.

13) Fr. 32. §. 6. de administr. tut. L. 14. 16. C. de praediis minorum.

14) Fr. 1. §. 3. de impens.

14. Proceßkosten, Reisekosten zur Ausführung eines Geschäfts [15]). 7

15. Nebenkosten zur Ausführung eines Kaufs oder sonstigen Geschäfts, sobald sie nur bona fide necessario factae sind, selbst wenn der Vertretene sie würde haben vermeiden können [16]).

Vergegenwärtigen wir uns, nach dieser kurzen Zusammenstellung einer ganzen Reihe von Gestaltungen, wie sie offenbar der Mehrzahl nach auch die Gegenwart noch bietet, sogleich die innere Bedeutung derselben. Es liegt hier natürlich keine geschlossene Zahl vor, und es wird einem Jeden leicht sein, an der Hand dieser zufällig den Römischen Juristen entgegentretenden Beispiele sich andere gleichartige Fälle zurechtzulegen.

Die ersten acht von den aufgestellten 15 Nummern bedürfen hier zunächst keiner weiteren Erläuterung. Anders verhält es sich mit dem neunten und elften Fall. Wir haben oben die Impensen als Ausgaben bezeichnet, die für eine Sache oder einen Sachencomplex gemacht werden. Diese Erklärung konnte zunächst genügen, weil sie allerdings der gewöhnlichen Gestalt der meisten Fälle entsprach. Aber sie hatte nicht die Absicht, den Begriff nach allen Seiten hin bereits vollständig zu erschöpfen. Wir begegnen hier nun zwei Fällen, worin man allerdings Besitzer eines Vermögenscomplexes ist, der einem Anderen als zukommend oder zugehörend gedacht wird (Dos und Erbschaft), aber die Verwendungen, die man entweder von diesen Gütern abziehen, oder, falls man sie aus eigenen Mitteln leistete, aus diesen Gütern ersetzt verlangen kann, — diese Verwendungen sind nicht auf die Bewahrung der Güter, sondern auf die Per-

15) Fr. 10. §. 9. mandati; Fr. 1. §. 9. de tutel. action.; Fr. 5. pr. de cond. caus. data.

16) Fr. 12. §. 9. 27. §. 4. 56. §. 4. mandati.

7 *son* des Eigners derselben gerichtet. Sie betreffen entweder das unmittelbare physische Lebensbedürfniß dieser Person, allerdings etwas vollständig dem Begriff der necessitas Entsprechendes, oder eine *Pflicht* dieser Person. Da wir hier sogleich das Beispiel einer solchen Pflicht kennen lernen, welche nur mit dem Namen einer *moralischen* oder Ehrenpflicht bezeichnet werden kann[17]), so werden wir uns nicht wundern, daß die Erfüllung der einem Anderen obliegenden wahren *juristischen* Pflicht natürlich noch um so viel mehr unter den Begriff der necessitas fällt. Hier ist zur weiteren Verfolgung dieser Punkte einstweilen noch nicht der Ort, und wir begnügen uns vorerst mit den unter Nr. 10. 12. 13. aufgestellten Beispielen[18]), worin es sich um persönliche Verpflichtungen handelt, die in juristisch erzwingbarer Weise vom Eigner der Güter durchgesetzt werden können.

Diese Erweiterung des Begriffes der Impensen von den reinen Verwendungen für eine *Sache* auf die für eine *Person* gemachten, ist nun übrigens in keiner Weise etwas Abnormes, oder auch überhaupt nur irgend welchen Bedenken unterworfen. Halten wir fest, daß die Sachen für den Juristen nie um ihrer selbst willen, sondern immer nur um des Herrn willen, dem sie unterthan sind, in Betracht kommen. Impensen, die für eine

---

17) Unter diesen Gesichtspunkt fallen ja auch, während die Krankheitskosten eines Sklaven noch den Zweck der physischen Erhaltung desselben haben oder wenigstens haben können, die unter Nr. 8 erwähnten Begräbnißkosten für den Sklaven. Die funeris impensae werden aber, obgleich zunächst auf dem Boden der sittlichen Verpflichtungen erwachsen, doch wieder mehr unter den Gesichtspunkt einer *juristischen* Schuld, eines aes alienum, herübergezogen, cf. fr. 8. §. 9. de inoffic.

18) vgl. auch die Stelle in Note 3. des vorigen §. Die Bezahlung einer Schuld für eine *Person* und Vornahme von necessariae impensae für eine bestimmte *Sache*, steht Beides unter dem Gesichtspunkt der necessitas.

Sache gemacht worden, sind doch Verwendungen für den Eigner, nur mit besondrer Rücksicht auf eine bestimmte Sache. 7
Die Beziehung nun auf die Sache kann stufenweise schwächer werden, aber wenn es sich nur um gewisse Vermögenscomplexe handelt, auf denen die für die Person des Eigners gemachten Ausgaben als eine davon zu tragende Last ruhen, so kann man diese Ausgaben noch immer ganz natürlich als an diese Vermögenscomplexe sich anknüpfende Impensen betrachten.

Sind wir aber einmal so weit gelangt, so müssen wir nothwendig noch weiter schreiten. Wenn unter die Impensen auch Ausgaben gehören, die nicht für eine bestimmte Sache, sondern für eine Person mit Rücksicht auch gewisse Sachen geschehen, so muß man nothwendig auch Auslagen für eine Person, die man mit Rücksicht auf ein bestimmtes Vermögens-Geschäft vornimmt, mit hineinziehen. Man ist hier nicht in der Innehabung von Sachen, aber man hat ein gewisses Geschäft, das man für einen andern vollführt, gleichsam inne. Der Vertretene ist nicht Eigner einer Sache wohl aber des Geschäfts, oder, wie auch die Römische technische Bezeichnungsweise lautet, nicht dominus rei sondern dominus negotii. Ebenso wie der dominus, in dessen Vermögenskreis die Sache gehört, auch die darauf gemachten Auslagen anerkennen muß, so kann auch der, in dessen Vermögensverhältnisse das Geschäft schlägt, die damit nothwendig verbundenen Impensen nicht von sich abwehren. So erklären sich die unter No. 14. und 15. aufgeführten Punkte.

§. 8. Ich wende mich jetzt zu dem Begriff und Umfang 8
der *utiles* impensae.

Diese treten den necessariae in einer scharf begränzten Weise gegenüber. Während die Letzteren das Nichtschlechterwerden der Sachen und Geschäfte des dominus betreffen, so verstehen die Römer unter den utiles solche, welche eine Sache, ei-

s neu Sachencomplex oder ein Verhältniß des dominus positiv besser, also, da es sich hier lediglich um Vermögen handelt, den dominus um so viel wahrhaft reicher machen [1]).

Die Beispiele, welche die Römischen Juristen als solche utiles impensae anführen, fallen unter folgende Gesichtspunkte:

1. Verbesserung des Landes und der Bodencultur, z. B. Ausführung von Olivenpflanzungen, Anlegung eines Weinberges mit jungen Weinstöcken (novelletum), Erhöhung der Ertragsfähigkeit eines Waldes [2]).

2. Vergrößerung eines Gebäudes durch Anlegung eines Vorrathsraums oder einer taberna [3]).

3. Halten von Vieh zur Bedüngung der Grundstücke (pecora praediis imponere id est stercorare) [4]), was übrigens nach andern factischen Verhältnissen auch als nothwendige Verwendung erscheinen kann.

4. Verbindung einer den Werth erhöhenden Nebensache mit einer fremden Hauptsache, (Einbauen, Einpflanzen u. s. w.) in bona fide und offenbar nicht lediglich nach den Rücksichten der necessitas [5]).

1) Fr. 79. §. 1. de verb. sign. (Paul.) — Utiles impensas esse, Fulcinius ait, *quae meliorem dotem faciant*, non: deteriorem esse non sinant (s. Glück Commentar XXVII. S. 432. Note 42.); *Ulpian.* Fragm. VI. 16. Utiles sunt, quibus non factis quidem deterior dos non fieret, *factis autem fructuosior effecta est;* Fr. 5. §. 3. de impens. (Ulpian.) — Quae — rem mulieris *meliorem reddunt;* Fr. 29. §. 2. de pign. — sumtus *quatenus pretiosior res facta est.*

2) Ulpian. Fr. VI. §. 16; Fr. 6. de impens.; Fr. 39. pr. de her. pet.; Fr. 61. pr. locati — „vineas instituit et propter earum fructum denis amplius aureis annuis ager locari coeperat — — sumtus utiliter factos;" Fr. 79. §. 1. de verb. sign. „arbusti pastinatio;" Fr. 25. de pign. act. „saltum grandem excoluisti sic, ut magni pretii faceres." L. 16. C. de praed. min. „sumtus meliorati praedii."

3) Fr. 6. de impens. 4) Fr. 14. §. 1. de impens.

5) Fr. 27. §. 5. Fr. 37. 38. de rei vind.; Fr. 9. pr. — §. 2. de

5. Leistung der litis aestimatio in einem die Sache ver- 8
folgenden Processe oder Bezahlung des Schadens in Folge einer Noxalklage, anstatt der Weggabe der Sache, da es (meist) utilius ist, unter Bewahrung der Sache sie mit Geld abzulösen[6]).

6. Das artes docere an Sklaven[7]). Damit die Verwendung eine utilis sei, muß die ars selbst entweder den Charakter einer objectiv necessaria haben[8]), d. h. eine für die menschlichen Verhältnisse unentbehrliche sein, oder es muß subjectiv der wahre oder präsumtive Wille des Eigenthümers auf Unterrichtung in dieser bestimmten ars hinzukommen. Die Präsumtion dieses Willens entnimmt man daraus, daß der Sklave schon bisher vom dominus in dieser bestimmten ars unterrichtet worden ist[9]). Der wahre Wille dagegen ist keineswegs als Mandat zu denken, es genügt das factisch sichere Vorhandensein des Willens, eine Frage die dem vernünftigen Ermessen des Richters überlassen ist.

7. Der empfangene Kaufpreis einer ungültig veräußerten Sache, welche der Eigenthümer jetzt vindicirt, ist, wenn derselbe dadurch bereichert wurde, eine sich an die Sache anknüpfende utilitas[10]).

8. Schließlich sind alle impensae, die man sonst volu-

---

acquir. rer. dom.; Fr. 29. §. 2. de pignoribus; Fr. 14. de doli mali exc.; Fr. 33. de cond. indeb.; L. 16. C. de rei vind.

6) Fr 39. pr. de her. pet.; Fr. 27. §. 5. de rei vindic.

7) Fr. 6. de impens. — (vollständiges Auslernen: Fr. 32. de rei vind.); Fr. 27. §. 5. Fr. 28. de rei vind.; Fr. 27. §. 2. de usufr.; Fr. 25. de pign. act.; Fr. 13. §. 22. de act. emti; Fr. 79. §. 1. de verb. sign.

8) Fr. 25. de pign. act. — „siquidem artificiis necessariis." Ähnlich z. B. das Zureiten von Pferden.

9) Fr. 25. cit. — „Si servos pignoratitios artificiis instruxit creditor, *siquidem jam imbutos, vel voluntate debitoris* erit actio contraria. Fr. 13. §. 22. de act. emt. Analog das Dressiren eines Pferdes zu Kunstreiterzwecken.

10) L. 16. C. de praed. min.

8 ptariae nennt, dann utiles, wenn der Eigenthümer die Sache zum Verkauf feil hat (venalem habet), und — wir müssen dies nothwendig nach dem Begriff der utiles impensae hinzusetzen — wenn die Sache dadurch für den Verkauf besser, werthvoller wird[11]).

9 §. 9. Während der Begriff der utiles impensae ein sehr einfacher ist, läßt sich dasselbe nicht von den *voluptariae* sagen. Wir werden hier eine Mehrheit von Momenten in's Auge zu fassen haben.

Die Beispiele, welche die Römer von dieser dritten Art der Verwendungen anführen, sind freilich leicht verständlich. Aquae salientes, incrustationes, loricationes, picturae[1]); — ostium vel quaedam alia aedificia adjicere[2]); balinea exstruere[3]); marmora, tectoria, pavimenta, colores[4]) u. s. w., das ist es, was die Römer unter der Erklärung zusammenfassen, es seien Verwendungen, quae speciem duntaxat ornant, non etiam fructum augent[5]). Mit dieser Erklärung ist nun aber, wie man leicht einsieht, nicht viel zu machen, denn das wirkliche Geziertwerden des Gegenstandes darf natürlich nicht entscheiden; eine Verwendung, die denselben geradezu verunziert, kann ebensogut zu dieser Klasse der Impensen gehören.

Sollen wir nun, indem wir das Moment der objectiven

11) Fr. 10. de impens. — Quodsi hae res, in quibus impensae factae sunt, *promercales fuerint*, tales impensae non voluptariae, sed utiles sunt. — Ferner arg. Fr. 29. de rei vind. (s. unten §. 16. Note 6.).

1) Fr. 79. §. 2. de verb. sign.

2) Fr. 19. §. 4. locati.

3) Fr. 14. §. 2. de impens.

4) Fr. 39. §. 1. de her. pet.; Fr. 7. §. 3. Fr. 13. §. 7. de usufr.

5) Fr. 79. §. 2. de verb. sign.; Fr. 13. §. 7. de usufr. „et si quid ad domus ornatum pertinet." Rein negativ ist die Erklärung von Ulpian (Fragm. VI. 17.): quibus neque omissis deterior dos fieret, neque factis fructuosior effecta est.

Verzierung für ungenügend erklären, diese Impensen für bloß 9
negativ erklärbar, als solche die weder nothwendige noch nützliche sind, halten? Freilich finden wir, daß auch die Römischen Juristen sich bisweilen mit einer solchen Definition begnügt haben (s. Note 5), und wenn man nur die Sache richtig anschaut, so mag das geschehen. Alle Momente aber, welche die Römer entschieden in diese Klasse der Impensen hineinlegen, müssen wir nur erst, um die Sache richtig anschauen zu können, genau vor Augen haben.

Mit dem Ausdruck: verzierende Impensen wird eine *objective* Beziehung der Verwendung zu der Sache, für die sie geschah, angedeutet; dieser Ausdruck ist gleichartig den anderen beiden: nothwendige und nützliche. Der Unterschied ist nur, daß während die letzteren die Sache genau bezeichnen, der erstere (auch abgesehen davon, daß man noch immer hinzusetzen müßte: „*lediglich* verzierende") nach dem Vorhergesagten nicht ausreicht. Und ebenso wird es auch anderen *ähnlichen*, vielleicht für eine Mehrzahl von Fällen nicht unpassenden Ausdrücken ergehen. Der Grund davon ist der, daß das eigentlich unterscheidende Moment dieser Impensen ein rein *subjectives* ist. Ihre objective Beziehung zur Sache tritt so zurück, daß dieselbe, als eine höchstens noch etwa bloß Verschönerung erzielende oder bezweckende, für die Frage, wen die Last der Verwendung treffen soll, nicht mehr in Betracht kommt. Der Boden dagegen, auf den sie sich lediglich bauen lassen, ist der *Wille* des Verwendenden. Dies liegt schon in dem Worte: voluptariae impensae. Nicht die Beziehung zur Sache ist damit angedeutet, sondern die voluptas, das individuelle, objectiv vielleicht ganz unmotivirte Behagen der die Ausgabe machenden Person. Diese voluptas ist identisch mit dem Begriff der *Affection*[6]),

---

6) Fr. 6. §. 2. de operis servorum. — Item *voluptatis vel affectionis*

9 und eben deßhalb müssen nothwendig diese von der individuellen Willkühr ausgehenden Verwendungen ganz andere Folgen hervorrufen, als die objectiv sich an die Sache anknüpfenden nothwendigen und nützlichen, gerade so wie das Affectionsinteresse in dem entschiedensten Gegensatze zu dem nach einem allgemeinen objectiven Maaßstabe meßbaren Interesse steht.

Wenn hiernach der Ausdruck voluptariae impensae oder Affectionsverwendungen ein weit passenderer ist, als die Bezeichnung: verzierende oder verschönernde sein würde, so trifft er doch wieder nicht nach allen Richtungen hin zu. Indem ich soeben sagte, daß hier alle Verwendungen in Betracht kommen, für welche lediglich der Wille des Verwendenden als Grund dasteht, so ist es freilich naheliegend, sich dies so gestaltet zu denken (und in der That bildet dies auch die Mehrzahl der Fälle), daß der Wille mittelst dieser Verwendung sein eigenes Behagen zu befriedigen und sich nach seiner speciellen Affection einen Genuß zu verschaffen bestrebt war. Offenbar aber kann es doch auf diesen Zweck des Individuums nicht allein ankommen, und wir werden alle Verwendungen, die lediglich auf den Willen des Verwendenden zurückfallen, hieher zu rechnen haben, auch wenn von einer Befriedigung der voluptas dabei gar nicht die Rede ist. So z. B. müssen wir unbedenklich sagen, daß Auslagen, die Jemand ohne necessitas oder utilitas bei der Ausführung eines fremden Auftrags lediglich in Folge schlechter Geschäftsführung, mithin des eigenen Leichtsinns, macht, unter diese dritte Klasse gehören, da die Basis, auf der sie ruhen, lediglich der Wille des Verwendenden ist.

Während wir die bisher erwähnten Punkte wirklich als sämmtlich innerlich gleichartige, so verschieden man sie auch äußerlich bezeichnen mag, erkannt haben, und deßhalb sagen müs-

aestimatio non habebitur, veluti si dilexerit eum dominus aut in deliciis habuerit.

sen, daß die Römer sie mit Recht in eine und dieselbe Klasse gleichviel unter welchem Namen zusammengestellt haben, so ist nun die Frage, ob sie nicht in einem Falle, den sie ebenfalls dieser Klasse zuzählen, einen Satz aufgestellt haben, der sich aus der naturalen Gestalt der Dinge nicht erklären läßt.

Ich habe im vorigen § unter N. 4. den bekannten Satz aufgeführt, daß das Verbinden einer den Werth erhöhenden Nebensache mit einer fremden Hauptsache zu den utiles impensae gehört. Es trägt nun aber, was dem aufmerksamen Leser vielleicht dort schon aufgefallen ist, dieser Fall, so wie die Römer ihn fassen, ein subjectives Moment in sich, das bei den übrigen Fällen der nützlichen Verwendungen fehlt. Der welcher die Verbindung vornimmt, muß zu dieser Zeit die Hauptsache für die seinige halten. Wie nun wenn er sie in mala fide vornahm? Es ist zweifellos, daß er hier eine Verwendung gemacht hat, die lediglich auf seinen eigenen Willen zurückfallen soll, und daß alle Folgen der voluptariae impensae eintreten, obgleich freilich weder der Name paßt, noch auch geläugnet werden kann, daß hier ein objectives Reicherwerden des Eigners des Grund und Bodens stattgefunden hat[7]). — Wir wollen uns auf eine Erklärung dieses Punktes noch nicht einlassen, und einstweilen annehmen, daß die Römer hier vielleicht etwas Willkührliches oder jedenfalls nur aus besonderen Gründen Erklärbares angenommen haben, daß es also bei ihnen wegen dieses Falles vielleicht utiles impensae giebt, die nicht die Wirkungen haben,

7) Fr. 37. de rei vindic. (Ulp.) — Julianus — scribit: „Si in aliena area aedificassem, cujus bonae fidei quidem emtor fui, verum eo tempore aedificavi, quo jam sciebam alienam, videamus an nihil mihi exceptio prosit? nisi forte quis dicat, prodesse de damno sollicito.“ Puto autem huic exceptionem non prodesse; nec enim debuit, *jam alienam certus*, aedificium ponere. Sed hoc ei concedendum est, ut sine dispendio domini areae tollat aedificium, quod posuit: (s. unten §. 29. Note 1.). L. 5. C. de rei vind. „merito rescriptum est.“

9 welche regelmäßig die utilitas erzeugt; und andererseits sie unter die dritte Klasse solche Impensen zählen, auf welche weder das Wort noch das eigentliche Grundwesen der voluptariae impensae (also auch z. B. nicht der Satz unter Nr. 8. des vor. §) paßt, und die doch im Gebiete des Rechts denen ganz gleich gestellt werden, welche wir den eigentlichen Kern der Klasse ausmachen sehen. —

Jedenfalls lassen sich aber auch die Römer hiedurch nicht abhalten, die naturalen Grundideen, auf denen die Klassen der utiles und voluptariae impensae zusammengruppirt sind, im Übrigen ganz rein festzuhalten, und sie gestatten diesen Nebenpunkten keinen weiteren Einfluß auf die regulären Gestaltungen beider Klassen. Dieses Reguläre, schon in der Natur der Verhältnisse ohne besondere menschliche Satzung Gegebene, interessirt uns hier zunächst.

10 §. 10. Das Wesen unserer dritten Klasse der Impensen ist übrigens in der bisherigen Entwicklung keineswegs schon erschöpft worden. Es fehlt vielmehr noch ein wichtiges Moment.

Wenn die Basis dieser Klasse, woraus sich alle weiteren Folgen erklären, die individuelle voluntas, wenn auch nicht gerade voluptas, des Verwendenden ist, so liegt darin, daß die Person des Eigners der Sache, für welche die Verwendung geschieht, zunächst hiervon durchaus nicht tangirt werden kann. Die objectiven Momente des necessarium und utile negotium enthalten (da sie sich auf eine Sache beziehen, die in des Eigners Vermögen sich befindet, ohne daß wir bei ihm den animus derelinquendi voraussetzen) Grund genug in sich, daß wir in der einen oder anderen juristischen Form zu einer Ersatzpflicht des Eigners hingedrängt werden, ohne daß es weiter im Allgemeinen auf seine voluntas in Betreff der Vornahme der Verwendungen ankommen kann. Wo aber, wie in unserer dritten Klasse, bei der auf eine fremde Sache gemachten Verwendung

die objective Beziehung zu dieser Sache ganz zurücktritt, und 10
die Verwendung vollständig auf die voluntas des Verwendenden fällt, da muß auch natürlich von der anderen Seite die voluntas des Eigners der Sache von einer ganz anderen Bedeutung werden. Ist nämlich diese voluntas in der That vorhanden, so findet (auch wenn sie sich durchaus nicht zum Mandat gestaltet hatte), sobald wir nur die gehörigen factischen Voraussetzungen für die entschiedene Ernstlichkeit des Willens machen, der Verwendende darin seine Rechtfertigung zur Vornahme der Verwendung, und es erhebt sich auf dieser factischen Basis ebenso wie auf den necessariae und utiles der Satz, daß nunmehr aller Grund weggefallen ist, welcher das Eingreifen in die fremde Sphäre sonst als ein die Person des Eigners schmerzendes erscheinen lassen könnte. Bei den necessariae und utiles kann die Rücksichtnahme auf die wahre oder präsumtive voluntas domini nur in Nebenpunkten wichtig werden (s. §. 8. Nr. 6) [1]; die eigentliche Erklärung des Umstands, daß der Eigner diese Arten von Einmischung in seine Angelegenheiten nicht als einen verletzenden Übergriff empfindet, — liegt nicht erst in ihr. Bei den voluptariae giebt die hinzukommende voluntas domini überhaupt erst den Grund ab, um die Verwendung wahrhaft in den Vermögenskreis des Dominus hinüberzuziehen.

Diese in den naturalen Elementen des Lebens liegenden Sätze haben auch die Römer richtig erkannt, was mir nun noch zu zeigen übrig bleibt. Zu dem Ende bedarf es in Betreff der voluntas domini einer Unterscheidung, die offenbar eine Verschiedenheit von Folgen nach sich ziehen muß. Es kann nämlich sein, daß die voluntas domini schon zur Zeit der Vornahme der Verwendung vorhanden war, sie kann aber auch erst später als Ratihabition hinzutreten.

1) s. auch Fr. 8. pr. de impens. — Utilium nomine ita *faciendam deductionem* quidam dicunt, *si voluntate mulieris factae sint*.

10 1. Der schon vorliegende Wille kann den Grund abgeben, um für Impensen, die, wie z. B. die Errichtung eines Monuments, weder zu den necessariae noch utiles sondern entschieden zu den voluptariae gehören, eine Ersatzpflicht des dominus zu begründen.

Fr. 50. §. 1. de her. pet. (Papinian.) — Si defuncto monumentum conditionis implendae gratia bonae fidei possessor fecerit, potest dici, quia *voluntas defuncti* vel in hoc servanda est, utique *si probabilem modum* faciendi monumenti sumtus, vel *quantum testator jusserit, non excedat*, eum cui aufertur hereditas *impensas doli exceptione aut retenturum*, aut actione negotiorum gestorum repetiturum, veluti hereditario negotio gesto. Quamvis enim stricto jure nulla teneantur actione heredes ad monumentum faciendum, tamen principali vel pontificali auctoritate compelluntur ad obsequium supremae voluntatis.

Uns interessirt hier noch nicht die Geltendmachung dieser Impensen durch negotior. gest. actio, die Möglichkeit, daß der Besitzer der Erbschaft sie durch doli exceptio gegen den dominus negotii d. h. den Erben zur Anrechnung bringen darf, genügt uns einstweilen. Es ist nun nicht zu verkennen, daß Papinian in dieser Stelle auf den Gesichtspunkt der *necessitas* hindeutet; wenn auch der Erbe stricto jure nicht durch eine actio zur Errichtung eines Monuments gezwungen werden könne, so werde er doch durch den Princeps und die Pontifices dazu angehalten; also ein Zwang, eine Nothwendigkeit findet nichts destoweniger statt. Hiernach scheint mithin unsere Stelle nicht hieher, sondern unter die necessariae impensae zu gehören. Nichtsdestoweniger aber fällt dieselbe dennoch ganz unter die dritte Klasse der Impensen. Der Erbe ist Repräsentant des Verstorbenen, er übernimmt nicht bloß das, was für diesen bereits eine necessitas war, er ist auch durch den freien Willen des Verstorbenen ge-

bunden. Dieser freie Wille des Verstorbenen ist es nun, welcher hier den Grund abgiebt, durch den sich für den Besitzer der 10 Erbschaft die Errichtung des Monuments rechtfertigt und Papinian hebt bestimmt hervor, daß diese Rechtfertigung auch dem Umfange nach nicht über den probablen oder wirklich vorhandenen Inhalt des Willens hinausreicht. Wäre der Wille nicht vorhanden gewesen, so würde die Errichtung des Monuments lediglich auf die Affection des Erbschaftsbesitzers zurückfallen. Daß aber der freie Wille des Erblassers für den Erben zur necessitas wird, ist ebensowenig auffallend, wie ja auch dem Wollenden selbst, wenn in Gemäßheit seines Willens ein Anderer die Verwendungen gemacht hat, dieser sein eigener Wille nun eine bindende Schranke werden kann.

Ich sage hier: es kann der der Verwendung voraufgehende Wille der Grund ihrer Rechtfertigung werden, womit aber nicht behauptet ist, daß das immer und unter allen Umständen der Fall sei. Es können Gründe vorliegen, die dies nichtsdestoweniger verhindern, wie wir z. B. bei den für die dos gemachten Verwendungen sehen:

> Fr. 11. pr. de impens. in res dot. (Ulp.) — In voluptariis autem Aristo scribit, *nec si voluntate mulieris factae sunt*, exactionem parere. —

Dies wird dann der Fall sein, wenn wir aus besonderen Gründen dem Eigner der Güter nicht ein ganz freies willkührliches Verfügungsrecht über dieselben zuschreiben können, wie dies bei der Frau in Betreff der dos, von der sie ja auch nur im weiteren Sinne die Eignerin genannt werden kann, der Fall ist.

2. Dem schon zur Zeit der Verwendung vorhandenen Willen steht der erst hinterdrein hinzutretende gegenüber. Es ist natürlich, daß dieser, der also die Ratihabition des schon Geschehenen in sich faßt, in mancher Hinsicht von stärkerer Wirkung sein kann, als jener früher vorhandene, wie wir denn gerade,

10 als Gegensatz zu dem eben in Betreff der dos Bemerkten, hier auch bei der dos die Ersatzpflicht ganz bestimmt anerkannt finden:

Fr. 9. de impens. — Pro *voluptariis* impensis, nisi parata sit mulier pati maritum tollentem, *exactionem patitur. Nam si vult habere rem mulier, reddere ea, quae impensa sunt, debet marito.*

Die Frau, der die voluptariae impensae jetzt gefallen, und die deßhalb das Wegnehmen von Seiten des Mannes nicht leiden will[2]), muß sich in Wahrheit die exactio der Impensen gefallen lassen, d. h. ihr Wille ist von solcher Art, daß es mit demselben gar nicht zusammenpassen würde, wenn sie den Mann etwa bloß mit dem abfinden dürfte, was das Impendirte unter der Voraussetzung des Weggenommenseins diesem werth wäre (dies ist bekanntlich häufig ein sehr viel geringerer Betrag), sondern mit dem Inhalte ihres jetzt gehegten Willens paßt als weitere Consequenz nur der Ersatz des Ganzen, was der Mann aufgewandt hat, gerade wie bei den necessariae zusammen. —

11 §. 11. In den bisherigen Untersuchungen habe ich mich mit Naturstudium beschäftigt, wenn auch nebenbei bereits einige besondere Sätze aus dem Gebiete des Rechts erwähnt wurden (§. 9. Note 7. und §. 10. Note 1.), und wenn gleich in den eben erklärten Stellen des Römischen Rechts, während ich nur der factischen Begründung der Verwendung durch den Willen des Eigners nachging, schon auch von dem darauf gebauten Rechtsverhältniß die Rede war.

Die erste Hälfte meiner Darstellung der Impensenlehre ist hiermit geschlossen. Was in dieser Richtung aus den Römischen Quellen zusammengestellt worden ist, hat an und für sich für unsere auf materielle Wahrheit ausgehende Untersuchung gar

2) Das Nicht-zulassen-wollen dessen, was der Gegner mit Recht verlangen kann, ist hier offenbar der positiven Approbation der Impensen ganz gleichwiegend.

keine bindende Kraft, und etwas davon ganz Verschiedenes ist, daß, wenn und wo es von der materiellen Wahrheit abwiche, es in den Ländern des gemeinen Rechts doch allerdings auf formelle Geltung Anspruch hat. — Wir kennen jetzt den Boden des Lebens mit den genaueren darin uns gegebenen, die verschiedenen Klassen der Verwendung charakterisirenden, subjectiven und objectiven Momenten, und schreiten nunmehr zu dem zweiten Theile unserer Aufgabe hinüber, zu dem Boden des Rechtes und zu der Nachweisung, wie weit in denselben die naturalis ratio Aufnahme gefunden hat.

Das Lebensverhältniß, daß man für einen Anderen Verwendungen gemacht hat, die ihre volle factische Rechtfertigung in sich tragen, kann noch so sehr den Eigner, wie man zu sagen pflegt, moralisch verbinden und auch dahin bringen, einen Ersatz dem Verwendenden zukommen zu lassen, — ein Rechtsverhältniß ist es mit allen seinen genaueren Regeln der naturalis ratio noch nicht. Aber es drängt dahin, ein Rechtsverhältniß zu werden, und dieser Druck ist in dem vorliegenden Gebiete so bedeutend, daß wohl schwerlich bei entwickelten Völkern Gesetz oder Gewohnheitsrecht lange auf sich warten lassen werden, um einen juristisch geltend zu machenden Anspruch des Verwendenden zu gestatten. Wo dies nun in der That geschieht, da werden selten Gründe vorliegen, in Betreff des Rechtsverhältnisses andere als die naturalen Voraussetzungen anzunehmen, aber nicht die naturalis ratio selbst macht das Rechtsverhältniß, sondern die subjective *aequitas* der Recht-schaffenden Gewalt, welche hier den Inhalt der naturalis ratio billigt, setzt den Rechtssatz, und setzt ihn unter den naturalen Voraussetzungen. So gewinnen wir denn eine Rechtslehre, die vollständig oder wenigstens ganz vorherrschend in allen civilisirten Ländern zu einer Basirung auf die naturalis ratio, und also auch zu einer bei

11 ihnen allen wenigstens in den Hauptpunkten gleichartigen Gestalt hingeführt werden wird.

Bei den Römern nun hat die Aufnahme der naturalis ratio vollständig statt gefunden, und zwar wurde es, um für sie den positiven Rechtsboden zu gewinnen, gar nicht nöthig, daß erst noch zu einer besonderen Rechtserzeugung Gesetz oder Gewohnheitsrecht sich in Bewegung setzte. Die *exceptio doli* bestand bereits, sie ist ein Rechtsinstitut ganz geeignet in Folge ihrer allgemeinen auf die aequitas gestützten Bedeutung den ganzen Stoff der naturalis ratio im Gebiete der Impensen in sich aufzunehmen, und damit einen durchaus genügenden, den naturalen Voraussetzungen adäquaten, juristischen Schutz dem Verwendenden zu gewähren. Es bedurfte also lediglich der Thätigkeit der Römischen Rechtswissenschaft, um den naturalen Stoff unter die Gesichtspunkte der exceptio doli zu verarbeiten, und wir haben es nun weiter zu verfolgen, welches Rechtsinstitut durch diese ihre Thätigkeit geschaffen worden ist. Es wird sich zeigen, daß durch feine sinnige Combination des rein naturalen Stoffes mit dem vom positiven Recht gegebenen Boden ein Ganzes zu Stande gekommen ist, dessen Aufnahme und Geltung in Deutschland uns es erspart, durch eigene Arbeit erst das zu erringen, was als ein schwerlich zu Übertreffendes nun schon vorliegt.

Für die Darstellung dieses Römischen Rechtsinstitutes muß ich mit folgendem allgemeinen Gesichtspunkte beginnen.

Die Impensen sind Ausgaben, die man in Beziehung auf fremde Vermögensstücke, welche man innehat, so gemacht hat, daß man entweder die fremden Vermögensstücke selbst dazu verwandte oder aus eigenem Vermögen die Auslage machte. Im einen wie im anderen Fall bieten sich, wenn man dem Verwendenden als Folge seiner Verwendung gegen den Eigner einen Anspruch gewähren will, zwei Möglichkeiten:

1. Entweder ist ein Grund vorhanden, daß der Eig- 11
ner der Vermögensstücke die Verwendung für sich anerkennen muß. Sie wird also nun in dessen Vermögenskreis definitiv herübergezogen, was sich einestheils zu einem Abziehen der Ausgabe von dem ursprünglichen Vermögensstücke, anderntheils zu einer Wiedererstattung der gemachten Auslage gestalten kann. Ich will nach dieser letzteren (der häufigeren) Gestaltung dieses ganze Gebiet der Wirkungen die Ersatzpflicht nennen.

2. Oder aber es fehlt an einem Grunde, die Verwendung in das Vermögen des Eigners der Sache herüberzuziehen. Die Folge davon muß nothwendig sein, daß die impendirte Sache im Vermögenskreise des Verwendenden verbleibt. Dies ist einerseits im wahren Sinne des Wortes dann der Fall, wenn die Verwendung durch keinerlei Factum in das Vermögen des Eigners äußerlich herübergetreten war. Andererseits aber wird dasselbe juristisch auch dadurch hergestellt, daß man dem Verwendenden (wenn er nämlich bereits die Verwendung mit der fremden Hauptsache in eine solche objective Verbindung gebracht hatte, daß sie dieser folgte), das Recht zugesteht, hinterdrein, wo er regelmäßig den Besitz der fremden Hauptsache als verlierend gedacht wird, die Trennung der Verwendung von der Hauptsache vorzunehmen. Wo aber weder ein Zurückbehalten noch ein Abtrennen der Verwendung möglich ist, da fehlt natürlich jedes Object, an das sich der Verwendende halten könnte, und die einzige Folge einer solchen Verwendung wird der von dem Verwendenden zu tragende Schaden sein. Dieses gesammte zweite Gebiet von Wirkungen möge nach der äußerlich darin am meisten hervortretenden Erscheinung als das *jus tollendi* bezeichnet werden.

§. 12. Betrachten wir nun zunächst, in welchem juristi- 12
schen Gewande Ersatzpflicht und jus tollendi auftreten.

1. In dieser Hinsicht muß man sich vergegenwärtigen,

12 daß die Impensen stets mit Rücksicht und in Beziehung auf gewisse vom Verwendenden innegehabte Vermögensstücke geschehen, daß dagegen die Rücksicht auf die Person des Eigners wesentlich zurücktritt. Daraus folgt, daß ebenso wenig wie hier die Momente irgend eines in Betreff dieser Impensen zwischen dem Verwendenden und dem Eigner geschlossenen Vertrages vorliegen, ebensowenig auch die subjectiven Elemente als regelmäßig vorhanden angenommen werden (s. §. 6. am Ende), welche nöthig sind, um eine vertragsähnliche Klage wie die negotiorum gestorum (mag man sie nun im Genaueren quasi ex contractu nennen oder nicht) zu rechtfertigen [1]). Wir betrachten hier gerade die juristische Gestalt der Impensen in den Gebieten, wo eine bestimmte eigene auf diese Verwendungen gerichtete Obligation zwischen jenen beiden Subjecten nicht statt findet.

Darin liegt, daß die Geltendmachung jener Rechte aus der gemachten Verwendung sich naturgemäß anknüpfen muß an die Sache (Sachencomplex oder Rechtsgeschäft), wofür die Verwendung stattgefunden hat, indem der Verwendende so lange sich an die Sache hält, bis ihm seine Ansprüche auf Ersatz oder auf das tollere anerkannt und befriedigt werden.

Hiermit sind wir auf die *exceptio doli* gegen die vom Eigner der Sache anzustellende Klage als auf das allgemeine Rechtsmittel gewiesen, welches für die Geltendmachung der Impensen, so weit sie überhaupt juristisch in Betracht kommen, geeignet ist. Die aequitatis ratio, welche überhaupt die Basis dieser exceptio ist, trifft vollständig auch in jenen naturalen Ge-

1) Fr. 14. §. 1. Comm. div. — — Diversum est enim, quum quasi in rem meam impendo, quae sit aliena aut communis; hoc enim casu, ubi quasi in rem meam impendo (einer von den oben erwähnten Fällen), tantum retentionem habeo, *quia neminem mihi obligare volui.* Fr. 33. de cond. indeb.

staltungen des Impendirens für den Eigner zu. Wir verstehen 12
nun übrigens unter dieser exceptio nicht bloß die formelle exceptio doli vom historischen Standpunkte aus, sondern auch das Vorbringen des Beklagten, welches officio judicis, wie die Quellen sich ausdrücken, gewahrt wird[2]).

Der Grund dieser exceptio, die aequitatis ratio, wird in einer anderen Stelle eines Römischen Juristen, (die freilich speciell nur die Ersatzpflicht im Auge hat, in vermindertem Maaßstabe aber auch auf das jus tollendi Anwendung findet), folgendermaßen ausgedrückt:

> Fr. 38. de her. pet. (Paul.) — Sed *benignius* est, in hujus quoque persona haberi rationem impensarum. *Non enim debet petitor ex aliena jactura lucrum facere* et id ipsum officio judicis continebitur.

Man hat mit dem Satze, daß Niemand sich mit dem Schaden eines Anderen bereichern dürfe, viel Mißbrauch getrieben, aber richtig ist, daß es eine Reihe bestimmter Rechtsinstitute giebt, bei denen jener Satz[3]) der gestaltende Grund des Ganzen ist,

2) Fr. 38. de her. pet. — et id ipsum officio judicis continebitur, nam nec exceptio doli desideratur. — Fr. 58. eod. — an filius, nihilominus perseverans petere hereditatem doli mali exceptione summoveri possit? Respondi, et si non exciperetur, satis per officium judicis consuli. — Fr. 27. §. 5. de rei vind. — per doli mali exceptionem ratio eorum haberi debet etc. — Fr. 8. pr. de pign. act. — non tantum *retentionem*. — Fr. 18. §. 4. Commod. — recto judicio, quo cum eo agitur, potest salvum habere *jure pensationis*. — Fr. 61. pr. locati; Fr. 29. §. 2. de pign.; Fr. 14. de doli mali exc.; Fr. 14. §. 1. Commun. div.; Fr. 48. de rei vind. Sumtus — neque a domino peti possunt, verum exceptione doli opposita per officium judicis *aequitatis ratione* servantur. — Nicht bloß gegen eine gewöhnliche actio, sondern auch bei der Rückgängigmachung der Veräußerung einer Sache durch in int. rest. können die Impensen vom Besitzer geltend gemacht werden. Fr. 32. §. 4. 5. de administr. tut.

3) Fr. 14. de cond. ind. — nam hoc natura aequum est, neminem

12 und ein solches Institut haben wir auch gerade in der Impensenlehre vor uns, deren ganzer innerer Bau ein freies und mildes Waltenlassen der aequitas zeigt, welche mit größter Sorgfalt Gewinn und Schaden gegen einander abwägt, um, gestützt auf das von der naturalis ratio gelieferte Material, dem Ziele materieller Gerechtigkeit möglichst nahe zu kommen. Diese Tendenz wird hier noch besonders dadurch verstärkt, daß ein solches Abwägen nicht bloß von der die Rechtssätze abmessenden Wissenschaft geübt, sondern auch fernerweit dem arbitrium judicis bei der Beurtheilung der factischen Verhältnisse empfohlen wird [4]).

2. Während wir in der exceptio doli das allgemeinste Rechtsmittel haben kennen lernen, in dem eine juristische Geltendmachung der Impensen zu Tage tritt, so ist außerdem ein Complex von Klagen zu erwähnen, die, wenn noch anderweitige Momente von Außen herzutreten, ebenfalls zur Realisirung der Impensen dienen können, dann also, wenn dies der Fall ist, dem Verwendenden einen noch kräftigeren Schutz, als die exceptio doli in sich faßt, gewähren [5]).

Die Voraussetzung, daß eine solche Klage entstehen kann, ist stets, daß zwischen dem Eigner und Verwendenden bereits ein anderweitiges obligatorisches mit Klagen versehenes Rechtsver-

---

cum alterius detrimento fieri locupletiorem. — Fr. 206. de reg. jur. — Jure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorem.

4) Fr. 38. de rei vind. — Bonus judex varie ex personis causisque constituet. Fr. 25. de pign. act. — Medie igitur haec a judice erunt dispicienda, ut neque delicatus debitor, neque onerosus creditor audiatur.

5) Fr. 18. §. 4. Commod. — Sed quia fieri potest, ut amplius sit, quod invicem aliquem consequi oporteat, aut judex pensationis rationem non habeat, aut ideo de restituenda re cum eo non agatur, quia ea res casu intercidit aut sine judice restituta est, dicemus necessariam esse *contrariam actionem.*

hältniß besteht. Die verschiedene Natur aber dieser Rechtsver- 12
hältnisse ruft noch wieder zwei verschiedene Resultate hervor.

Es ist nämlich einestheils möglich, daß die bestehende Obligation eine einseitige ist, welche lediglich dem Eigner (ich brauche das Wort immer in dem allgemeineren uns in dieser Lehre gerade nöthigen Sinne) gegen den die Sache inne habenden Verwendenden eine Klage giebt. Wenn hier der Letztere necessariae impensae, die er hätte von dem zu leistenden Gegenstand deduciren können, nicht geltend macht, sondern den ganzen Gegenstand leistet, so kann er das zuviel Geleistete condiciren. Dies tritt ein bei dem Ehemann, der die dos zurückgiebt, und bei dem Erben, der den Gegenstand des Fideicommisses geleistet hat[6]).

Andererseits können die beiden betreffenden Personen in einer vollkommen oder unvollkommen zweiseitigen Obligation mit einander stehen. Bei den unvollkommen zweiseitigen wird dann dem Impendirenden die actio contraria, bei der vollkommen zweiseitigen seine actio directa zur Geltendmachung der Impensen von Werth[7]), und zwar geht die Klage auf alle drei Klassen der Impensen mit ganz demselben Inhalt, welchen auch die doli exceptio umfaßt, und den wir als aus der naturalen Gestaltung der Impensen sich ergebend nun genauer in Betracht ziehen wollen.

---

6) Fr. 5. §. 2. de impens.; Fr. 58—60. de legat. I.

7) Commodat: Fr. 18. §. 2 u. 4. Comm. (s. auch noch Fr. 15. §. 2. Fr. 61. de furtis); Pignus: Fr. 8. pr. Fr. 25. de pignor. act. Depositum: Fr. 23. depositi (hier gilt die besondere Bestimmung, daß nur die Klage und nicht die exceptio doli zulässig ist); Kauf: Fr. 13. §. 22. de act. emti; Miethe: Fr. 19. §. 4. Fr. 55. §. 1. locat. Fr. 34. §. 1. de usufr.; Gemeinschaft: Fr. 29. in fin. Fr. 50. in fin. Fr. 52. §. 2. fam. hercisc. Fr. 6. §. 2. Fr. 14. §. 1. Fr. 29. pr. Comm. div. In diesem Gebiete der Gemeinschaft treten übrigens schon Gesichtspunkte hervor, die in die Voraussetzungen der negotiorum gestio hinüberführen.

13 §. 13. Zu der Geltendmachung der Impensen durch die exceptio doli oder obige Klagen gehört im Römischen Recht, außer der objectiven Vornahme der Verwendung, noch ein allgemeines mehr subjectives Erforderniß. Die Sache, für welche die Verwendung gemacht wird, muß dem Eigner eine utilis res, wie sich die Quellen ausdrücken, sein[1]). Es läßt sich zeigen, daß auch dies ein aus der naturalis ratio entnommener Punkt ist.

Wenn wir auch sagen, bei den Impensen trete die Person des Eigners mehr zurück, und jedenfalls brauche der Verwendende sie nicht im Auge zu haben (s. §. 12. Note 1.), so wird doch immer insoweit eine Rückbeziehung auf die Person des Eigners vorausgesetzt, als in Wahrheit die Sache ein nothwendiges oder wenigstens nützliches (reichermachendes) Stück seines Vermögens ist. Fehlt dies, so kann natürlich die Entstehung eines Rechtsverhältnisses gegen den Eigner aus der Verwendung gar nicht gedacht werden. Und zwar steckt nun hierin, da das Privatterritorium nie ohne die darüber stehende Privatsouverainetät denkbar ist, ein gewisses subjectives Element. Begreiflich kann über die Frage, ob ihm die Sache necessaria oder utilis ist, nur der Eigenthümer selbst entscheiden. Hält er also z. B. das ruens aedificium, das ein Anderer nach Fr. 1. §. 3. de impens. reficirt, für nicht mehr nützlich für sich, und derelinquirt er es also als impar sumtui, so kann von einer Geltendmachung der necessariae impensae, etwa durch eine actio contraria, durchaus nicht die Rede sein.

Diese allgemeinen Erfordernisse der factischen Vornahme der Impensen und der Utilität der Sache vorausgesetzt, ist nun im Übrigen die Entstehung und der genauere Inhalt des durch exceptio oder actio zu verfolgenden Rechtsver=

1) Fr. 1. §. 3. de impens. — aedificium, quod habere mulieri *utile* erat. Fr. 7. §. 16. sol. matr. — hae enim impensae *aut in res necessarias aut utiles cedunt.*

hältnisses von der Natur der einzelnen Impensen abhängig. 13
Nach den uns schon bekannten drei Klassen wollen wir nun weiter prüfen, wie sich dies im Römischen Rechte gestaltet hat. Wir werden sehen, eine wie feine Weiterspinnung der Consequenzen, die bei der einmal anerkannten Grundlage der naturalis ratio sich im Rechtsinstitute selbst ergeben müssen, hier in der That vorliegt.

§. 14. 1. Die Ersatzpflicht in Folge der *neces-* 14
sariae impensae. Die nothwendigen Impensen werden gemacht, um entweder einen drohenden Schaden zu verhindern, oder einen schon geschehenen Schaden wieder herzustellen, der, wenn er ohne Heilung bliebe, leicht noch größeren Nachtheil oder andere nicht zu duldende Übelstände herbeiführen könnte. In diesem letzteren Fall darf der Verwendende aber nicht Schuld an dem geschehenen Schaden sein, indem sonst die Wiederherstellung des Schadens juristisch als eine von ihm selbst zu tragende Folge seiner culpa erscheinen würde[1]). Ein Satz der auch auf jenen ersteren Fall, wenn nämlich der Verwendende die verantwortliche Ursache des drohenden Schadens geworden ist, seine Anwendung leidet.

Dadurch daß die Ausgleichung des Schadens als eine dem Eigner der Güter obliegende Nothwendigkeit dasteht, ergiebt sich die einfach logische Schlußfolgerung, daß der fremde Besitzer, der überhaupt juristisch geschützt sein soll, durch die Vornahme der Verwendung, welche den Schaden ausgleicht, einen Ersatzanspruch wegen der Verwendung erhalten muß. Man hat es sich ganz klar zu machen, daß nur die necessitas und die Vornahme der Verwendung in ihrem Zusammentreffen den factischen Grund für die Entstehung der Ersatzpflicht darbieten; daß es also bei consequenter Rechtsbildung gar nicht weiter

1) Fr. 13. §. 22. de act. emti; Fr. 7. §. 16. sol. matr.; Fr. 58. 59. de legat. I — si modo nulla culpa ejus incendium contigisset.

14 darauf ankommen darf, ob der Eigner der Güter dauernd einen Vortheil von jener Ausgleichung des Schadens hat. Der Eigner würde ja, da hier eine für ihn vorhandene Nothwendigkeit vorliegt, wenn er die Sache besessen hätte, die Verwendung selbst gemacht haben. Wenn nun, wie wir voraussetzen, an einer Sache, die damals für ihn utilis war, von einem Anderen eine Verwendung geschah, welche damals als eine Nothwendigkeit erschien, so sind die Gründe der Ersatzpflicht vorhanden, und es kommt nicht darauf an, daß hinterdrein eine Veränderung der Verhältnisse eintritt, also z. B. dem dominus die Sache aufhört utilis zu sein, oder daß die Sache überhaupt in Folge eines neuen casuellen Ereignisses ganz aufhört zu existiren. Wir wollen dies einmal so bezeichnen: das negotium muß *utiliter coeptum*, es braucht nicht utiliter finitum zu sein, d. h. das negotium muß nach den Verhältnissen beurtheilt werden, unter denen es geschah. Lag damals die utilitas vor, wie sie in jeder nothwendigen Verwendung für eine res utilis liegt, so kommt es nicht darauf an, ob später zu der Zeit, wo die Zahlung des Ersatzes in Anspruch genommen wird, (also — bei der exceptio doli — die Zeit, wo der Eigner die Sache zurückverlangt, oder — wenn etwa die Sache ganz untergegangen ist, — die Zeit, wo der Verwendende die ihm etwa zustehende Klage anstellt) dem Eigner nach den jetzigen Verhältnissen das Vorgenommensein der Verwendung von gar keinem Werth mehr ist, ja ihm vielleicht sogar, wenn er etwa die Sache ganz verlor, das jetzige Bezahlen der Verwendung äußerlich betrachtet als ein neuer ihm zugefügter Vermögensschaden erscheint.

Diese wichtige Regel, — die aber einfach darauf ruht, daß das Rechtsinstitut eine billige Anerkennung dessen, was in der naturalen Gestaltung des Factums der Verwendung steckt, sein will, also zur Geltendmachung im einzelnen Fall auch nicht mehr gehören kann, als was die naturalis ratio ergiebt, — fin-

det sich auch von den Römern unzweideutig anerkannt[2]). Es 14
ist nun aber dieser Regel noch eine andere nahe zusammenhängende, und doch gerade entgegengesetzte gegenüber zu stellen.

Oben wurde bereits erwähnt, daß das Wesen der necessariae impensae es mit sich bringt, daß, wenn dem Besitzer von Vermögensstücken die Pflicht der diligentia obliegt, er wegen Unterlassung der necessariae impensae in Anspruch genommen werden kann (§. 6. Note 2.). Wie nun, wenn nach den zu einer gewissen Zeit bestehenden Umständen bestimmte nothwendige Impensen versäumt worden sind, und hinterdrein die Verhältnisse sich so ändern, daß, z. B. wegen Untergangs der Sache, die Vornahme der Verwendung sich zu einem den Eigner drückenden Ereigniß gestalten würde, während jetzt umgekehrt die Unterlassung ihm nur angenehm sein kann? Darf hier etwa nun doch wegen Versäumung der Diligenz geklagt werden? — Keineswegs[3]), und zwar bildet dies durchaus keinen Widerspruch mit der vorher mitgetheilten Regel. Man muß sich nur deutlich machen, daß hier eine völlige Verschiedenheit der Gründe statt findet. Der Satz, daß trotz der veränderten Verhältnisse die Impensen geltend gemacht werden können, ruht auf dem Wesen der Nothwendigkeit und der daraus hervorgehenden Gleichstellung der Verwendung mit dem Fall, wenn der Eigner

2) Fr. 38. de her. pet. — Impensas deducat, licet res non exstet, in quam fecit. — Fr. 18. §. 4. Commodati. — aut ideo de restituenda re cum eo non agatur, quia ea res casu intercidit. — Fr. 8. pr. de pign. act. — insulam fulsisse et refecisse, et postea deustam esse. — Fr. 4. de imp. — si fulserit insulam ruentem, eaque exusta sit. — Im Fr. 38. cit. ist nicht bloß von necessariae, sondern auch von utiles impensae die Rede; die Frage kann aber hier noch nicht untersucht werden, ob unsere Regel auch mit dem Begriff der utilitas vereinbar ist. (s. §. 29.)

3) Fr. 4. de imp. — — Sed hoc differt, quod factarum ratio habetur, etsi res male gesta est, *non factarum ita, si ob id res male gesta sit. — — si non fecerit, deusta ea nihil praestabit.*

14 selbst die Ausgabe an der Sache, die dann später unterging, gemacht hätte. Der Satz dagegen, daß wegen der veränderten Verhältnisse eine Unterlassung der nothwendigen Impensen nicht eingeklagt werden kann, liegt ganz außerhalb unserer Impensenlehre; er ruht auf dem bekannten Grunde, daß ein im Übrigen nach dem Wesen einer Obligation begründeter Anspruch stets durch mangelndes Interesse vernichtet wird.

Wenn in Gemäßheit der hiermit entwickelten Regeln ein Ersatzanspruch wegen der necessariae impensae stattfindet, so ist als der Gegenstand dieses Anspruches stets der volle Werth der gemachten Verwendung zu betrachten. Es ist an diesem Satz um so weniger zu zweifeln, je mehr die Frage in den Quellen übergangen wird. Den Römischen Juristen versteht sich die Antwort hier von selbst, und wir werden sie erst bei den anderen Klassen der Impensen auf diesen Punkt eingehen sehen, weil dabei eine von den necessariae impensae abweichende Antwort zu geben ist. Übrigens reicht auch schon die Art und Form der Äußerungen der Juristen, wie: „si necessariis impensis *satisfecerit;* habita ratione impensarum; si quid — erogatum est, esse actionem" u. s. w.[4]) als äußerer Beweis hin, wenn man desselben noch zu bedürfen meinen sollte[5]).

15 §. 15. Die Ersatzpflicht in Folge der *utiles impensae.* Auf den ersten Blick scheint das Gebiet der utiles so gleichartig neben dem der necessariae impensae zu liegen, daß wir glauben könnten, auch das wegen derselben entstehende Rechtsverhältniß, die Ersatzpflicht, bei beiden als durchaus identisch betrachten zu dürfen. Dem ist jedoch nicht so, falls wir eine den naturalen Verhältnissen adäquate Rechtsgestaltung vor

4) Fr. 5. de impens. Fr. 13. §. 22. de act. emti.

5) Die besondere Frage, wie bei der dos die necessariae impensae ipso jure den Hauptgegenstand minuiren, ist mit den daraus zu ziehenden Consequenzen einem besonderen Anhange dieser Schrift zugewiesen.

uns sehen wollen; ja man wird sagen müssen, daß, so groß 15
zunächst der Abstand zwischen den utiles und voluptariae zu sein scheint, doch zwischen beiden nach gewissen Richtungen hin eine jedenfalls eben so große juristische Verwandtschaft besteht, als in anderer Rücksicht allerdings den necessariae und utiles untereinander, und im Gegensatz zu den voluptariae, eigen ist.

Wir haben, um uns die Ersatzpflicht, welche durch exceptio doli oder besondere Klagen geltend gemacht werden kann, als entstanden zu denken, zu dem, was oben über das Wesen des utile negotium gesagt worden ist, nichts weiter hinzuzufügen. Setzen wir also voraus, daß eine Verwendung gemacht worden ist, die den dominus der Sache wahrhaft reicher oder die Sache werthvoller macht, so werden wir eine Verpflichtung des Eigners auf Ersatz als bestehend anzunehmen haben. Die Frage nun aber, an welcher wir eben bei den necessariae impensae als einer sehr einfachen rasch vorbeigingen, nämlich die nach dem *Gegenstande* dieser Ersatzpflicht, bedarf hier allein noch der weiteren Besprechung.

Das was bei den necessariae als sich von selbst verstehend erschien, gestaltet sich offenbar bei den utiles ganz anders. Die necessariae sind eine *Last der Sache*, welche aber von dieser Sache abgetragen werden muß, und um deren vollständiger Abtragung willen sogar ein Verkauf von Stücken der Sache gerechtfertigt erscheint (§. 6. Note 3.). Die utiles dagegen sind ihrem Grundwesen nach gerade das Entgegengesetzte, sie sind gleichsam ein Zuwachs zur Sache, der soweit er wirklich ein Zuwachs ist, d. h. die Sache in der That werthvoller macht, vom Eigner gern anerkannt werden wird, der aber nie als eine Last der Sache erscheinen kann, indem, wo dies der Fall wäre, der Eigner natürlich vorziehen würde, jenen Zuwachs selbst, an den er nach unserer allgemeinen Voraussetzung auch durch keinen Act seiner voluntas gebunden ist, ganz zu missen.

15 Hieraus ergiebt sich als Consequenz der wichtige Satz, daß der Maaßstab zur Bestimmung des Gegenstandes der Ersatzpflicht bei den utiles nicht sein kann der subjective Standpunkt des Verwendenden, sondern lediglich der objective der Werthvergrößerung; d. h. auf die Ausgaben, die der Verwendende bei seinen Impensen gemacht hat, kommt es zunächst gar nicht an, denn es liegt gar keine juristische Basis vor, auf der man sie unter die Pflichten des Eigners aufnehmen könnte. Für Letzteren kommt, sobald die wirklich objective Werthherhöhung seiner Sache geringer ist als die Ausgaben des Verwendenden, immer nur diese objective Werthherhöhung in Betracht. Diese ergiebt für ihn die Gränze der Verpflichtung. Drehen wir aber die Sache um, so gestaltet sich die Sache offenbar ganz anders. Ist nämlich die objective Werthherhöhung größer, als die subjectiven Ausgaben des Verwendenden, so stände freilich aus der Person des Eigners kein Grund entgegen, um ihn zu dem ganzen Werth der objectiven Verbesserung zu verpflichten; wohl aber kommt aus der Person des Verwendenden in Betracht, daß die ganze Basis seines Anspruchs die factische Vornahme der Verwendung ist, und so wird, innerhalb der weiteren Gränzen der aus der Person des Eigners entnommenen Verpflichtung, der Betrag der von ihm gemachten Auslagen zur Gränze seiner Berechtigung.

Die Römer haben diese Schlußfolgerungen aus dem Begriff des utile in der That gezogen [1]). Man sieht danach, wie durchaus verschieden das aus dem utile negotium hervorgehende Rechtsverhältniß von dem des necessarium negotium ist. Wäh-

1) Fr. 29. §. 2. de pign. — sumtus in exstructionem erogatos (also die subjective Verwendung), quatenus pretiosior res facta est (objective Werthherhöhung), reciperent. — Fr. 38. de rei vind. — reddet impensam, ut fundum recipiat, usque eo duntaxat, *quo pretiosior factus est*, et si plus pretio fundi accessit, *solum quod impensum est.*

rend nämlich das Letztere, gerade in Folge des Wesens der ne- 15
cessitas, in dem Werth und der Wertherhöhung der Sache gar keine Gränze für die Ersatzpflicht kennt [2]), so ist das aus dem utile negotium hervorgehende Recht im Grunde lediglich ein *jus tollendi* dessen, was als Wertherhöhung sich berechnen läßt, nur daß es sich hier nicht um reelle Wegnahme des verwandten Gegenstandes, sondern um Berechnung handelt.

§. 16. In dem eben gebrauchten Ausdruck, daß die Be- 16
rechnung der utiles impensae sich als ein jus tollendi darstelle, soll nicht bloß eine äußere Ähnlichkeit mit dem Recht angedeudet werden, welches bei den voluptariae gilt, sondern es liegt darin die in der That volle juristische Bezeichnung des Grundes, auf dem bei beiden Klassen der Anspruch des Verwendenden ruht.

Bei den utiles impensae ist es, wie ich schon oben entwickelte, allerdings ein *objectiver* Grund, auf dem die Ersatzpflicht ruht. Die Art, wie sich die Verwendung an die Hauptsache anschließt, rechtfertigt es, daß der Verwendende einen Anspruch gegen den Eigner erhält; auf ein Vorhandensein der voluntas des Letzteren kommt es dafür nicht an. Insoweit stehen sich necessariae und utiles gleich (s. §. 10.). Im Übrigen aber gehen beide völlig aus einander. Bei den necessariae ist das objective Verhältniß zur Hauptsache so, daß es gleichsam als *präjudiciell* erscheint, d. h. es wird zur Bedingung des Rechts an der Hauptsache, daß man die Verwendung, wodurch etwas für die Sache absolut Unausbleibliches geschah, vergüte. Die utiles dagegen stellen sich nicht *vor* die Sache, sondern nur *accessorisch* daneben. Der Eigner darf sie mit der Sache nicht an sich nehmen wollen, ohne daß der jetzige Werthüberschuß, im Verhältniß zum Werth der Sache vor der Verwen-

2) Nur das kann man sagen, daß eine über den Werth der Sache hinausgehende Verwendung zur Erhaltung derselben meistens nicht unter den Begriff der necessitas fallen wird.

16 dung, abgezogen werde. Die objective Verbindung der Verwendung mit der Sache ist so stark, daß die reelle Wegnahme der Verwendung nicht statt finden soll, und so tritt denn die ideelle Wegnahme dessen, was als Werthzuwachs erscheint, an die Stelle.

Gerade deßhalb, weil der Ersatzanspruch der utiles impensae nichts als ein ideelles jus tollendi ist, erklärt es sich auch, daß es sich häufig in der That in das reelle jus tollendi muß umgestalten können. Unter welchen Voraussetzungen dies nach Römischem Rechte stattfindet, und in welcher Art dasselbe im Genaueren zu erklären ist, will ich nun sogleich darlegen.

1. Die objective Verbindung zwischen Verwendung und Sache ist, eben weil wir nach dem Wesen der utilitas immer etwas für die Sache wahrhaft Förderliches voraussetzen, eine so starke, daß darin der Grund liegt, das reelle Verhältniß, so wie es jetzt nach der Verwendung vorliegt, zunächst nicht weiter stören zu lassen, d. h. daß man dem Verwendenden allgemein das Recht einräumt, den Ersatz in Gelde nach den obigen Grundsätzen durch exceptio (oder actio) zu verlangen. Aber diese allgemeine Regel ist dadurch limitirt, daß der Eigner, dem die Übernahme des vorliegenden reellen Status nicht nach Sinn ist, dem Verwendenden das tollere anbieten darf und damit also das Mittel in Händen hat, dem Ersatz der Impensen auszuweichen und den status quo ante wieder herzustellen.

Dies Anbietungsrecht gestaltet sich also zu einem bestimmten Gegenrechte gegen den Ersatzanspruch des Verwendenden. Es versteht sich von selbst, daß Gründe vorliegen können, die die Entstehung dieses Gegenrechtes hindern, und in dieser Hinsicht wird wiederum die voluntas des Eigners, die im Allgemeinen bei der utilitas nicht erforderlich ist, von Wichtigkeit. Sobald die wahre, und ebenso auch wieder die probable voluntas des Eigners vorliegt, das richterliche arbitrium also zu dem Re-

sultat gelangt, daß derselbe diese Impensen, wenn er im Besitz 16
gewesen wäre, selbst gemacht haben würde, so fällt das Anbietungsrecht des jus tollendi weg, es findet also stets die Ersatzpflicht des Eigners statt [1]).

Wo aber solche Gründe nicht vorliegen, da steht dem Eigner das Anbietungsrecht zur Seite [2]), nur besteht in Betreff desselben eine weitere Voraussetzung, die sich negativ an die eben erwähnte probable voluntas des Eigners anschließt. Es liegt nämlich nicht so, daß stets, wenn sich nur nicht ersehen läßt daß der Eigner die Verwendung auch selbst hätte machen lassen, ihm das danach willkührlich zu gebrauchende Anbietungsrecht zustände, sondern es muß für die Geltendmachung dieses Rechts in den subjectiven Verhältnissen des Eigners nach dem richterlichen Ermessen eine unterstützende Basis vorhanden sein [3]). Es werden dies regelmäßig Umstände sein, die von der entgegengesetzten Seite aus zeigen, daß bei dem Eigner hier nicht der Wille vorausgesetzt werden kann, er werde im Falle des Besitzes der Sache die Ausgabe auch seinerseits gemacht haben.

Sobald hiernach dem Eigner das Anbietungsrecht zusteht,

---

1) Fr. 38. de rei vind. (Celsus.) — Finge *et dominum eadem facturum fuisse*, reddet impensam ut fundum recipiat. Der voluntas steht gleich, wenn der dominus die Sache *venalem habet*, und nun durch die utiles impensae besser verkaufen wird. Fr. 38. in fin. cit. Auch hier kann man sagen, daß der dominus, wenn er sich die Sache klar gemacht hätte, dasselbe gethan haben würde.

2) Fr. 27. §. 5. de rei vind. (Paul.) Idem est etiam (daß die sumtus zu bezahlen seien), si — — in area, quae fuit petitoris, *per errorem insulam aedificavit, nisi tamen paratus sit petitor pati, tollere eum aedificium.*

3) Fr. 38. de rei vind. — Finge *pauperem*, cui, si reddere cogatur, laribus sepulcrisque avitis carendum sit; *sufficiet tibi permitti tollere ex his rebus, quae possis*, dum ita, ne deterior sit fundus, quam si initio non foret aedificatum. Fr. 25. de pign. act. — puta saltum grandem pignori datum *ab homine, qui vix luere potest, nedum excolere.*

16 so kommt es in Betreff des ferneren Resultates darauf an, ob das tollere, das dem Verwendenden anheimgestellt wird, auch in der That physisch möglich ist oder nicht.

Im ersteren Fall steht es noch immer dem dominus frei, die Wegnahme zu verhindern, indem er den Verwendenden auch in Gelde mit soviel abfinden darf, als demselben die wirklich weggenommene Sache werth sein würde[4]). Hat hiezu der dominus keine Neigung, so kommt es dann wirklich zum tollere, wodurch die Restitution des früheren Zustandes herbeigeführt wird, und die Sache jedenfalls nicht schlechter gemacht werden darf, als sie früher war.

Im zweiten Fall dagegen, wenn nämlich ein physisches tollere nicht zulässig ist, kann der Umstand, daß das Anbietungsrecht in der Person des Eigners begründet, also nach seinen Verhältnissen ihm eine Bezahlung der Impensen und ein Fortbehalten der Sache nicht möglich ist, — lediglich die Folge haben, daß nun überhaupt das ganze Recht des Verwendenden, durch exceptio oder actio Ersatz zu verlangen, zusammensinken muß[5]). Wo, wie in dieser Collision verschiedener Rücksichten, der Eigner nicht bezahlen kann und man doch dafür sein muß, daß er seine Sache zurückbekommt, da kann nur der Untergang der Impensenforderung das Resultat sein. Nur in den Fällen, wo das Anbietungsrecht überhaupt nicht statt findet, (nämlich wenn die Impensen seiner voluntas gemäß waren und wenn er

4) Fr. 38. de rei vind. — Constituimus vero, ut si paratus sit dominus tantum dare, *quantum habiturus esset possessor his rebus ablatis*, fiat ei potestas. S. im Gegensatz oben §. 10. am Ende.

5) Fr. 27. §. 5. de rei vind. — Sed si puerum meum, quum possideres, erudiisses, non idem observandum, Proculus existimat, quia neque carere servo meo debeam, nec potest remedium idem adhiberi, quod in area diximus. Fr. 25. de pign. act. — Erit actio contraria, *non tamen sic, ut cogatur servis carere pro quantitate sumtuum.* etc. Fr. 79. §. 1. de verb. sign.

die Sache venalem hatte, — s. Note 1.), da kann auch er- 16
klärlicher Weise die Unmöglichkeit des tollere nichts zu Gunsten des Eigners ändern, d. h. er muß alsdann die Impensen erstatten [6]).

2. Es bleibt noch übrig, den eigentlichen Grund dieses Rechtes auf Anheimstellung der Wegnahme der utiles impensae zu ermitteln. Wir haben hier nicht eine Willkührlichkeit vor uns, sondern es läßt sich einleuchtend nachweisen, daß das Wesen des utile, consequent verfolgt, nothwendig dahin führt. Unter utile versteht man die Bereicherung, und zwar ergiebt sich diese zunächst aus ganz allgemeinen für alle menschlichen Verhältnisse gleichartigen Gesichtspunkten. Sind diese vorhanden, so wird eine auf das Vorhandensein des utile gebaute exceptio oder Klage zunächst als begründet erscheinen. Aber nach den concreten Verhältnissen des Einzelnen kann nun doch die Lage der Dinge sich anders gestalten. Wenn eine Sache durch Verbesserungen um 1000 werthvoller geworden ist, der Eigner aber diese 1000 nicht bezahlen kann, und er, um das Geld anzuschaffen, die Sache verkaufen muß und bei dem gezwungenen Verkauf, wobei man die rechte Zeit nicht abzuwarten vermag, etwa 2000 einbüßt, so kann natürlich, da die Verbesserung der Sache doch als Bereicherung auf die Person des Eigners zurückfallen muß, von einer in concreto vorhandenen utilitas gar nicht die Rede sein. Aber auch angenommen, daß er die Sache für ihren wahren Werth verkaufen kann, so ist der Verlust der Sache (mit aller dafür gehegten Affection, die hier durchaus nicht unbeachtet bleibt) gegen den Empfang der aestimatio doch immerhin

6) Fr. 28 — 30. de rei vind. (in Zusammenhang stehend mit dem obigen Fr. 27. §. 5.) — dicitur non aliter officio judicis aestimationem haberi posse, nisi si venalem eum habeas, et plus ex pretio ejus consecuturus sis propter artificium, *aut* si ante denunciatum sit actori, ut impensam solveret, et eo dissimulante opposita sit doli mali exceptio.

16 etwas dem Begriff des utile gewöhnlich geradezu Entgegenstehendes (s. oben §. 8. Nr. 5.).

Es würde hiernach durchaus verkehrt sein, wenn man bei dem Begriff des utile lediglich die abstracten allgemeinen Verhältnisse in Betracht ziehen wollte. Wenn die concreten Verhältnisse entgegenstehen, so muß das, was auf das Abstracte allerdings zunächst gebaut werden konnte, jedenfalls zurücktreten.

Eine sehr richtige Durchführung des Princips der utilitas hat demnach die Römer, wie sie sich dessen auch vollständig bewußt sind[7]), zu diesem Anbietungsrecht der Wegnahme von utiles impensae geführt.

17 §. 17. **Die Ansprüche in Folge der *voluptariae impensae*.** Um überhaupt das Wesen der dritten Klasse von Impensen deutlich machen zu können, mußte oben schon mehr auch von der Natur der daraus hervorgehenden Rechtsverhältnisse gesagt werden (§. 9. und 10.). Ich kann daher hier um so kürzer sein.

Die Geltendmachung der durch die voluptariae impensae begründeten Ansprüche, also namentlich auch das jus tollendi, läßt nicht etwa eine gewisse Eigenmacht des Verwendenden zu, sondern unsere oben entwickelten Rechtsmittel, exceptio doli oder auch jene actiones[1]), sind darauf gerichtet. Stützt sich nun die Verwendung auf die frühere oder spätere voluntas des Eigners, so wird im Allgemeinen und soweit die voluntas reicht, ein voller Ersatz vom Eigner in Anspruch genommen werden können, wie dies schon oben entwickelt worden ist. Fehlt

7) Das Moment, daß der Eigner nicht gezwungen werden soll die Sache zu verkaufen, — worin ja eben der Grund des Ganzen angegeben ist, wird von den Juristen gleichmäßig in einer ganzen Reihe von Stellen hervorgehoben. Fr. 79. §. 1. de verb. sign. Fr. 8. de impens. Fr. 25. de pign. act. Fr. 27. §. 5. Fr. 38. de rei vind.

1) Fr. 19. §. 4. locati.

aber die voluntas des Eigners, so kann dem Verwendenden nur 17
das jus tollendi zustehen. Wir sehen hier also ganz dieselben Principien sich fortziehen, die wir schon bei den utiles impensae haben kennen lernen. Ein Ersatz der utiles kann verlangt werden, wenn der Eigner nicht das tollere fordern d. h. wenn man annehmen darf, daß die Impensen dem Willen des Eigners entsprechen (§. 16. Note 1.); der Ersatz kann nicht durchgesetzt werden, also der Eigner kann das tollere fordern, wenn die an und für sich nützliche Verwendung im concreten Fall dem Eigner doch nicht nützlich war.

Nur darf man über dieser gleichartigen Fortziehung der Principien, die allerdings die utiles mit den voluptariae impensae dogmatisch verbinden, die großen und scharfen Unterschiede nicht übersehen. Und zwar sind das vorzugsweise folgende drei. Bei den utiles fordert zunächst der Verwendende den Ersatz, und das tollere gestaltet sich zu einem besonderen Gegenrechte, welches unter bestimmten Voraussetzungen der Eigner erst geltend zu machen hat, wogegen bei den voluptariae (gerade wegen des objectiven Unterschieds derselben) der Verwendende zunächst lediglich das jus tollendi hat, und den Ersatzanspruch nur unter der Voraussetzung der nachgewiesenen voluntas domini erhält. Ferner: die voluntas domini ist bei den utiles in viel weiterem Umfange auch die in probabler Weise aus den Umständen nach gesundem Ermessen entnommene (wenn man sagen kann: dominum eadem facturum fuisse), während bei den voluptariae nur die effectiv vorhandene voluntas in Betracht kommt[2]). Endlich: der Anspruch auf Ersatz bei den utiles ist, wie wir gesehen haben, nur ein ideelles jus tollendi, ein Abziehen der Bereicherung; wo aber bei den voluptariae überhaupt ein Ersatzanspruch statt findet, da geht er voll auf den Werth der Ver-

2) Nur den Schein einer Ausnahme enthält Fr. 50. §. 1. de her. pet. (s. oben §. 10. Nr. 1.).

17 wendung wie bei den necessariae. Nothwendig müssen wir übrigens hieraus auch wieder Etwas in die utiles hinüberziehen. Wenn nämlich diese nicht bloß auf der präsumtiven, sondern wahren factisch vorhandenen voluntas domini ruhen, so muß auch hier der Ersatzanspruch ein voller, wie bei den necessariae, und nicht bloß jenes ideelle jus tollendi sein.

Wo übrigens nach dem Bisherigen für die voluptariae das jus tollendi eintritt, da hat es ganz denselben Inhalt, wie bei den utiles: also der frühere Zustand muß möglichst wieder hergestellt, die Sache durch das Wegnehmen nicht verschlechtert werden [3]), und wo ohne Verschlechterung ein Wegnehmen nicht möglich ist, da wird Letzteres überhaupt unzulässig und die Sache geht an den Eigner ohne Entschädigung über; wiederum aus dem Grunde: ne cogatur rebus suis carere, dem gegenüber der Verwendende es lediglich sich selbst zuzuschreiben hat, daß er auf eine fremde Sache eine Verwendung gemacht, für die sich nun weder das Recht des Ersatzes noch des Wegnehmens juristisch rechtfertigen läßt.

---

3) Fr. 32. §. 5. de administr. tut. Fr. 9. de impens. Der Eigner kann möglicherweise cautio damni infecti fordern. Fr. 19. §. 4. locati.

III.

Die actio de in rem verso.

§. 18. Ich gelange, nachdem ich die Impensen dargestellt 18
habe, zu einer Lehre, die in einer anderen Richtung zu dem größeren Gebiete der s. g. actiones adjectitiae qualitatis gehört. Diese Richtung ist nicht das Ziel meiner Betrachtung, und wenige Worte werden genügen, um in dieser Hinsicht zu orientiren. — Während in der actio quod jussu und de dolo patris rein subjective Gründe für die Herüberleitung der Klage vom Hausunterthänigen auf die Person des Paterfamilias vorliegen, während in der actio de peculio und tributoria vorherrschend allerdings ein subjectives Moment, der Wille des Vaters, nur schon modificirt und begränzt durch einen gewissen objectiven Vermögenscomplex, in Betracht kommt[1]), so führt umgekehrt bei der actio de in rem verso schon der Name darauf hin, daß hier ein gewisses objectives Moment durchaus das Vorherrschende sein wird, zu dem das subjective Moment des väterlichen Willens höchstens als Nebenpunkt hinzutreten kann.

Welches ist nun dieses objective Moment, das die Basis

1) Nicht beizustimmen ist der Annahme Chambon's, Beitr. z. Obl. R. I. 180, daß der actio de peculio stets eine versio in rem, wenn auch keine Bereicherung, zum Grunde liege. S. z. B. §. 4. I. quod cum eo. — sive quid *non sit in rem ejus versum*, id eatenus praestare debeat, quatenus peculium patitur.

18 der actio de in rem verso bildet? — Es wird sich im Verlauf meiner Darstellung zeigen, daß die Römer hierunter ein Institut verstehen, welches zwar unter anderen äußeren factischen Voraussetzungen statt findet, als wir bei den Impensen haben kennen lernen, bei dem aber die Frage, inwieweit damit eine Einmischung in den väterlichen Vermögenskreis anerkannt werde, ganz dieselbe ist als bei den Impensen. Wir werden finden, daß das necessarium, utile und voluptarium negotium in den Bedeutungen, die wir schon kennen, durch die actio de in rem verso geltend gemacht wird. Also das objective Moment, welches beim necessarium und utile ganz rein und entscheidend hervortritt, und nur beim voluptarium wesentlich schwächer wird, so daß es hier durch das subjective Moment der voluntas domini gestärkt werden muß, ist die Grundlage der Klage[2]).

Um dies nachweisen zu können, muß ich zunächst jene äußeren factischen Voraussetzungen, für die die actio de in rem verso gegeben worden ist, mit denen der Impensen in Parallele stellen. — Statt daß man dort bei den Impensen als Verwendender nur eine handlungsunfähige Sache vor sich hat, gegen die man seine Thätigkeit richtet, gestaltet sich hier diese Thätigkeit zu der Contractschließung mit dem Sklaven oder Hauskinde eines Anderen; daher dort im Allgemeinen nur exceptio, hier von vorn herein eine actio. Diese Klage läßt, — gerade wie bei den Impensen vermittelt durch die Sache eine Beziehung auf die Person des dominus möglich wird, —

---

2) Es bedarf danach wohl kaum der besonderen Bemerkung, daß ich die heutzutage herrschende Ansicht, wonach die actio de in rem verso sich einfach darauf stützen soll, daß für das Vermögen des Paterfamilias sich ein „Vortheil", eine „Bereicherung", ein „Zugang" ereignet hat (s. z. B. Savigny Obl. Recht II. S. 30. 31. Puchta Pand. §. 277.), für ebenso wenig genügend halte, wie es bei der neg. gestio die von Mühlenbruch vertretene Ansicht ist (s. oben §. 1.).

nun ebenso vermittelt durch den hausunterthänigen Contra- 18
henten eine Zurückbeziehung auf die Person des dominus oder Paterfamilias zu. Ferner: das Geschäft, welches man vornimmt, muß irgend eine Vermögensthätigkeit enthalten, und zwar bei den Impensen eine solche, welche in einer objectiven Beziehung zu der Sache steht, obgleich wir gesehen haben, daß schrittweise diese objective Beziehung mehr zurücktreten und der subjectiven auf die Person des Eigenthümers Platz machen kann. Bei der act. de in rem verso nun fällt diese objective Beziehung als eine Nothwendigkeit ganz hinweg, und die subjective tritt an die Stelle; aber nicht so, daß hier etwa die rein natürliche Persönlichkeit wesentlich in Betracht käme, sondern da es sich lediglich um Vermögensgeschäfte handelt, so hat man unter dieser Persönlichkeit sich nur den Gesammtkreis der von einem Subject zusammengehaltenen Vermögensverhältnisse (oder um es mit den oben gebrauchten Worten auszudrücken: das Territorium der vermögensrechtlichen Privatsouverainetät) zu denken, worauf sich das Geschäft beziehen und worin es eingreifen muß. Zwischen den Geschäften selbst ist bei den Impensen und der act. de in rem verso nur der Unterschied, daß, wenn auch bei der letzteren dieselbe objective Beziehung auf eine Sache möglich ist, wie bei den Impensen [3]), doch noch eine subjective Richtung auf die Person des Eigners hinzukommen muß, und daß nun allerdings jene objective Richtung auf eine bestimmte Sache ganz fehlen kann, so daß dann lediglich die Rücksicht auf die Person (oder deren gesammten Vermögenskreis) übrig bleibt.

§. 19. Die factischen Elemente, woraus sich das Ver- 19
hältniß der Impensen und das der actio de in rem verso ergiebt,

3) Wir werden in der That ganz dieselben Beispiele, z. B. das Resiciren eines Gebäudes, hier wiederfinden, die wir schon aus der Impensenlehre kennen.

19 können wir nach dem eben Bemerkten folgendermaßen zusammenfassen. — Bei jenen, den Impensen, sind es die zwei Personen des Eigners und des Verwendenden, und eine in der Mitte liegende Sache. Bei der actio de in rem verso dagegen tritt an die Stelle der Sache die hausunterthänige Person. Wir haben also nun drei Personen: den Paterfamilias, den dritten Contrahenten, und, in der Mitte zwischen ihnen stehend, den Hausunterthänigen, der die Herüberleitung der Klage auf den Paterfamilias bewirkt. Es müssen sich, um eine juristisch genügende Beziehung unter diesen drei Personen herzustellen, genauere *subjective Voraussetzungen* bilden, von denen bei den Impensen nicht die Rede sein konnte. Von diesen, die sich, wenn man sie aufmerksamer betrachtet, wieder als die Folgesätze von anderweiten hier außerhalb unseres Gesichtskreises liegenden Rechtssätzen herausstellen, ist nun zunächst zu sprechen. Wir werden dann, mit dem juristischen Gegensatze beider Institute von vorn herein bekannt, hinterdrein den weit überwiegenden gemeinsamen Rechtsboden beider um so richtiger zu würdigen im Stande sein.

1. Von Seiten des *Hausunterthänigen* muß das Rechtsgeschäft, das er mit dem Dritten schließt, unter der bestimmten positiven contemplatio domini (oder patris), d. h. dem Willen, für ihn, nicht bloß für sich selbst, das Geschäft zu schließen, eingegangen werden [1]).

2. Von Seiten des dritten Contrahenten, (den wir von jetzt an nach Vorgang der Quellen, mit Rücksicht auf die ihm

1) Fr. 7. §. 4. u. 5. de in rem verso. — nisi hoc animo gesserit servus, ut in rem domini verteret. — si hoc animo dedit, ut patris negotium gerens. — Fr. 10. §. 2. eod. — nisi si donare patri filius voluit (wo er also den Vater nicht obligiren will), dum se obligat. — Fr. 10. §. 5. eod. — gerenti servo negotia domini. — Fr. 10. §. 10. eod. — si suum negotium gerens filius solvit, non esse de in rem verso actionem.

zustehende Klage, der Kürze halber meist den Creditor nennen 19
wollen), bedarf es ebenfalls zur Zeit des Geschäfts des Blickes auf den Paterfamilias; es macht sich aber hier gleich geltend, daß (wie ich im vorigen §. bemerkte) dieser Blick nicht auf die natürliche Person, sondern auf dessen vermögensrechtliche Persönlichkeit gerichtet ist, d. h. der Creditor muß sich vergewissern, daß die genaueren objectiven Voraussetzungen, unter denen das Geschäft als sich in die Vermögensverhältnisse des Paterfamilias einrangirend, und also die Klage gegen ihn anstellbar erscheint, in der That vorhanden seien[2]). Thut er dies nicht, und fehlt es dann hinterdrein wirklich an jenen objectiven Voraussetzungen, so kann er den Schaden, daß ihm nun keine Klage zusteht, lediglich sich selbst beimessen.

3. Während in den voraufgehenden Punkten für die actio de in rem verso, da es sich bei ihr um eine Contractschließung zwischen Creditor und Hausunterthänigem handelt, Regeln bestehen, welche sich von der Impensenlehre unterscheiden, so stellt sich in Betreff der Person des Paterfamilias die Sache ganz anders. Dieser dritte Punkt ist aber für uns die Hauptsache. Er enthält die Frage, unter welchen rechtlichen Voraussetzungen das Rechtsgeschäft jener beiden Personen ihn und sein Vermögen in verbindlicher Weise tangiren kann; und zwar sind, wie ich schon vorher bemerkte, diese Voraussetzungen (da wir uns von den übrigen adjectitiae qualitatis actiones, welche den Willen des Paterfamilias voll oder wenigstens vor-

2) Fr. 3. §. 9. eod. (h. t.) — Sed si sic accepit, quasi in rem domini verteret, nec vertit et decepit creditorem, non videtur versum, nec tenetur dominus, ne credulitas creditoris domino obesset, vel calliditas servi noceret. Quid tamen, si is fuerit servus, qui solitus erat accipiens vertere? Adhuc non puto nocere domino, si alia mente servus accepit, aut si hac mente accepisset, postea alio vertit; *curiosus igitur debet esse creditor quo vertatur.* — vgl. §. 6. am Ende.

19 herrschend zur Grundlage haben, von vorn herein abtrennen) wesentlich objectiver Art [3]), und ferner sind, wie ich ebenfalls schon hervorhob, die rechtlichen Voraussetzungen unserer Klage ganz die natürlichen Gestaltungen des necessarium, utile und voluptarium negotium. In diesen drei Klassen aber, und zwar in allen gleichmäßig, giebt es ein subjectives Element zunächst nur in negativer Weise. Wenngleich nämlich das negotium an und für sich objectiv den fremden Vermögenskreis trifft, so liegt doch eben in dem „fremd", daß das Vermögen unter einer anderen Souverainetät, also unter der Herrschaft eines Subjects steht, welches, wenn es mit seinem wahren oder probablen Willen dem negotium überhaupt widerspricht, damit alle weitere Frage über necessitas, utilitas oder voluptas unmöglich machen kann. So wie wir hieraus bei den Impensen sich die Regel gestalten sahen, daß die Sache überhaupt dem dominus necessaria oder utilis sein müsse (§. 13.), so muß dies hier jedenfalls wenigstens den Satz hervorrufen, daß das negotium, welches der Hausunterthänige und der Gläubiger mit einander eingehen, nicht vom Hausherrn verboten sein darf. Die allgemeine Grundidee, welche diese Klage mit den auf vorzugsweise subjective Momente sich stützenden actiones adjectitiae qualitatis gemein hat, nämlich die Annahme, daß der Gläubiger mit dem Hausherrn gleichsam selbst contrahirt hätte [4]), würde sonst von vorn herein unmöglich sein.

20 §. 20. Ich habe jetzt die Gränzen des Terrains angege-

3) L. 3. C. quod cum eo (Antonin.) — Etiam si *non mandante, neque jubente neque subscribente* domina pecuniam mutuam servo Priscae dederis, tamen ea quantitas, si in rem dominae ejus *justis erogationibus* versa est, cet. —

4) Fr. 1. §. 1. h. t. — in solidum tenentur qui habent eos in potestate, si in rem eorum, quod acceptum est, conversum sit, *quasi cum ipsis potius contractum videatur.* Vgl. hiermit Fr. 1. §. 1. quod jussu: nam *quodammodo cum eo contrahitur*, *qui jubet.*

ben, auf dem die actio de in rem verso steht. Sie bestehen in ge- 20
wissen subjectiven Voraussetzungen, die wir bei den Impensen nicht ebenso gefunden hatten. Es ist nunmehr am Platz, auf die Untersuchung des Terrains selbst einzugehen und nachzuweisen, daß, wo nicht positive Rechtssatzung eine Ausnahme macht, dieser Boden ein jure naturali gegebener und zwar der uns in Betreff der Einmischung in die fremde Privatsouverainetätssphäre bereits bekannte ist. Mit dieser Nachweisung soll wieder, in gleichartiger Weise wie bei den Impensen, die andere verbunden werden, daß auch die Römer diesen naturalen Boden vollständig erkannt, und bei unserer Klage zur Anwendung gebracht haben. Zur Einleitung hiefür mögen zunächst einige Fragmente der Römischen Juristen vorausgestellt werden, in denen auch von ihnen das allgemeine Wesen der Klage sich zusammengefaßt findet.

In Fr. 3. §. 2. h. t. lesen wir (außer einer Zusammenstellung der actio de in rem verso mit dem Mandat und der negotiorum gestio, welche uns hier noch nicht interessirt und die in der Stelle deßhalb mit einer Klammer eingeschlossen worden ist) Folgendes:

> Et regulariter dicimus, *toties de in rem verso esse actionem,* (quibus casibus procurator mandati, vel qui negotia gessit negotiorum gestorum haberet actionem), *quoties* (que) aliquid ita consumsit servus, *ut aut meliorem rem dominus haberet aut non deteriorem.*

Wir wissen bereits, daß das meliorem rem habere der Begriff des utile (s. §. 8.), das non deteriorem habere der des necessarium negotium (s. §. 6.) ist. Es sind also hiermit ganz genau unsere ersten beiden Klassen als Inhalt der actio de in rem verso angegeben. Lesen wir aber nun die Stelle weiter.

Im §. 3. wird mit den Worten proinde si an das non deteriorem habere sogleich ein Beispiel angeknüpft, das sich auf

²⁰ den ersten Blick (ich werde darauf zurückkommen) als ein Fall des necessarium negotium herausstellt. Sodann aber fährt Ulpian mit dem Worte *sed*, womit er offenbar einen Gegensatz zu dem bisher Besprochenen bezeichnet, so fort:

§. 4. Sed si mutua pecunia accepta domum dominicam exornavit tectoriis, et quibusdam aliis, *quae magis ad voluptatem pertinent quam ad utilitatem*, non videtur versum, quia nec procurator haec imputaret, *nisi forte mandatum domini aut voluntatem habuerit*, nec deberet ex eo onerari dominus, quod ipse facturus non esset. Quid ergo est? *Pati debet dominus, creditorem haec auferre*, sine domus suae videlicet injuria, ne cogendus sit dominus vendere domum, ut, quanti pretiosior facta est, id praestet.

Die ganze Stelle ist nach den Entwickelungen, die ich oben gegeben habe, so klar und unmittelbar beweisend, daß ich kein Wort zur Erklärung glaube hinzufügen zu brauchen. Nur eins verdient noch bemerkt zu werden. Ulpian, der hier das Wesen unserer dritten Klasse — das, wo es sich nicht auf die voluntas domini stützt, nur auf das jus tollendi hinführt — völlig scharf, und sogar bis auf den Namen des voluptarium negotium darlegt, Ulpian hebt am Schlusse der Stelle auch noch das tiefere Princip hervor, auf dem wir durch die zweite und dritte Klasse das jus tollendi sich haben hindurchziehen sehen. Er spricht von Baueinrichtungen, die in der Mitte zwischen dem Begriff des utile und voluptarium negotium und zwar überwiegend auf der Seite des Letzteren liegen (quae *magis* ad voluptatem pertinent, quam ad utilitatem); daß er aber doch in der That dabei auch eine wahre utilitas annimmt, zeigen die Schlußworte, wonach das Haus wirklich als pretiosior facta erscheint. Nichtsdestoweniger also daß das negotium auch in das Gebiet des utile negotium hinüberschlägt, gesteht er, wenn sonst der dominus cogendus sit vendere domum, dem Gläubiger nur das jus tol-

lendi zu. Ein sicherer Beweis, daß jenes Anbietungsrecht der 20
Wegnahme, wie wir es oben dem dominus im Kreise des utile negotium haben zustehen sehen (vgl. §. 16. Note 7.), auch bei der in rem versio, soweit sie sich auf die zweite Klasse bezieht, zur Anwendung kommt. Aber auch abgesehen von diesem äußeren Beweise würden wir an diesem Satze, wenn wir bereits die drei Klassen der actio de in rem verso genauer sich hätten trennen sehen, von vorn herein nicht den geringsten Zweifel hegen können. —

Die Stelle des Ulpian, welche schon nach dem Bisherigen das Bestehen unserer drei Klassen von negotia vollständig darthut, müssen wir übrigens noch fernerhin verfolgen, weil in dem weiteren Verlauf der Beweis sich erneuert. Ulpian wird im §. 5. dadurch, daß er das bereits im §. 3. mitgetheilte Beispiel dem Labeo entlehnt hatte, veranlaßt noch einen anderen Fall des Labeo zu besprechen. Mit Zurückbeziehung auf §. 3. beginnt er den §. 5. mit den Worten: Idem Labeo ait, und zwar theilt er nun (ich werde ebenfalls noch darauf zurückkommen) ein Beispiel eines utile negotium mit, also des meliorem rem reddere, wie er in §. 2. gesagt hatte. Da er im §. 3. an das zuletzt erwähnte rem non deteriorem habere sogleich ein Beispiel des necessarium negotium geknüpft hatte, und sodann im §. 4. zur Entwicklung des voluptarium negotium übergegangen war, so lag es für die sorgfältige Darstellung der Lehre, die Ulpian offenbar im 29. Buch des Edictes intendirt, durchaus am nächsten, zu dem meliorem rem habere zurückzuspringen und dieses ebenfalls, wie bei den anderen beiden Klassen schon geschehen war, durch ein Beispiel zu erläutern. — Hierauf fährt er im §. 6. folgendermaßen fort:

Nec non illud quoque in rem domini versum, Labeo ait, quod mutuatus servus domino emit *volenti* ad luxuriae materiam, unguenta forte, vel si quid ad delicias, vel si quid

ad turpes sumtus administravit; *neque enim spectamus, an bono domini accesserit, quod consumtum est, sed an in negotium domini.*

Ulpian hatte im §. 4. allerdings schon das Wesen der dritten Klasse dargelegt, dabei aber ein Beispiel gebraucht, welches noch mit in die zweite Klasse eingriff. Er findet es deßhalb nöthig, noch mehre Beispiele zusammenzustellen, die lediglich der dritten Klasse angehören, und wird dadurch veranlaßt, das Wesen dieser dritten Klasse dem der zweiten scharf entgegenzusetzen. Er bezeichnet den Begriff des utile genau zutreffend (ebenso, wie dies auch oben bereits von mir ausgedrückt wurde, vgl. §. 16.) als accessorisch sich an die Sache anknüpfend, — an bono domini *accesserit*. — Er hebt sodann hervor, daß dies (wie man nach dem Wortlaut der actio de *in rem* verso vermuthen sollte) zum Wesen der Klage durchaus nicht nothwendig erforderlich sei, und macht nun, als ebenfalls noch zu derselben gehörig, die mit Willen des dominus (volenti) vorgenommenen voluptaria negotia namhaft, womit ja eben der besonders hervortretende Punkt der dritten Klasse ausgesprochen ist. Es kommt hier dem Ulpian gerade darauf an nachzuweisen, daß die actio de in rem verso noch ganz über das Gebiet des utile hinausreiche. Die necessaria negotia erwähnt er hier nicht; aber es würde sich schon nach dieser Stelle, auch wenn wir keine weiteren hätten, von selbst verstehen, daß, wenn bereits das, was sich accessorisch an das Vermögen des dominus anschließt, im Kreise der Klage liegt, dann auch das, was bono domini nicht so sehr accedit als *praecedit*, zu ihr gehöre. Ja er war berechtigt, im weiteren Sinne unter jene Worte auch das negotium necessarium mit einzubegreifen. —

Die dritte Stelle, worin wir das allgemeine Wesen der actio de in rem verso entscheidend hervorgehoben finden, ist Fr. 5. §. 2. eod. ebenfalls von Ulpian, und offenbar ursprüng-

lich mit jenem Fr. 3. in Zusammenhang stehend. Ulpian stellt 20 hier unsere Klage mit anderen actiones adjectitiae qualitatis zusammen.

Quod servus domino emit, si quidem voluntate ejus emit, potest quod jussu agi; sin vero non ex voluntate, *si* (3) *quidem dominus ratum habuerit, vel alioquin rem* (1) *necessariam vel* (2) *utilem domino emerit*, de in rem verso actio erit; si vero nihil eorum est, de peculio erit actio.

Unsere drei Klassen von negotia sind hier auf den ersten Blick zu erkennen. Ich habe sie mit Nummern bezeichnet. Daß Ulpian die dritte, in der die voluntas den Hauptpunkt bildet, voranstellt, kommt daher, weil er eben vorher von der actio quod jussu, die sich ganz auf die voluntas domini stützt, gesprochen hat. Die dritte Klasse scheidet er sodann genau von der ersten und zweiten Klasse durch das *alioquin*, worin ausgesprochen ist, daß bei dem necessarium und utile negotium, weil dies objectiv hinreichende Gründe für die Klage sind, das subjective Moment einer Ratihabition nicht erfordert wird. — So sicher nun also hiernach auch aus dieser Stelle der Gegensatz und das Vorhandensein der drei Klassen bewiesen wird, so ist allerdings einzugestehen, daß der genauere Inhalt und ganze Umfang der dritten Klasse in derselben nur undeutlich hervortritt. Es hat dies aber gar keine Schwierigkeit, wie wir aus der theils schon gegebenen theils noch folgenden Entwicklung des gesammten Umfanges des voluptarium negotium, ja sogar aus jenen eignen schon mitgetheilten Worten Ulpians mit Sicherheit ersehen. Ulpian deutet nur kurz die Elemente jener verschiedenen Klagen an, und versteht, abweichend von seiner eigenen sonstigen Redeweise[1]), unter *voluntas* den Willen, welcher für

1) In Fr. 3. §. 4. u. 6. h. t. bezeichnet, wie wir gesehen haben, Ul-

20 die actio *quod jussu* erforderlich ist d. h. wenn das Kaufen lediglich in Folge des Willens eingetreten ist (si voluntate ejus emit); dagegen für die dritte Klasse der actio de in rem verso setzt er voraus, daß die Vornahme des Kaufgeschäfts nicht durch den Willen des Herrn veranlaßt worden ist (non *ex* voluntate emit), doch aber sich der Wille des Herrn hinzugesellt hat; und dieser nicht veranlassende aber sich hinzugesellende Wille, (der aber durchaus nicht immer ein später hinzutretender zu sein braucht), ist es eben, welcher, zur actio quod jussu nicht hinreichend, bei der actio de in rem verso in der dritten Klasse so sehr hervortritt, daß er bei einer kurzen Andeutung derselben leicht allein zur Erwähnung kommen wird. Diesen Willen bezeichnet nun hier Ulpian, im Gegensatz zu der die actio quod jussu rechtfertigenden voluntas, mit den Worten: si quidem dominus ratum habuerit. Wir werden später (§. 43. 44.) sehen, daß diese wichtige Bedeutung der Ratihabition, welche von der anderen heutzutage allein beachteten [2]) wesentlich abweicht, durchaus nicht bloß in dieser Stelle, sondern in einer Reihe von bisher mißverstandenen Quellenaussprüchen enthalten ist.

21 §. 21. Nachdem wir unsere drei Klassen durch eine Reihe von Zeugnissen der Quellen im Allgemeinen bestätigt gefunden haben, ist es nöthig, den Umfang der Klassen im Einzelnen zu prüfen. Zu diesem Zweck habe ich die Fortführung des unter dem Gesichtspunkte der Impensen begonnenen Naturstudiums über das Wesen des necessarium, utile und voluptarium negotium zu geben. Indem ich dies hier ebenfalls wieder an die Römischen Juristen anlehne, will ich zuvörderst sämmtliche von

---

pian mit den Worten voluntas und volenti gerade einen Willen, der zur Begründung der actio de in rem verso dient.

2) Nämlich derjenigen Ratihabition, die später und in einer Weise erfolgt, daß sie der das Rechtsgeschäft veranlassenden voluntas (Mandat oder jussus) juristisch ganz gleich steht.

denselben im Titel de in rem verso besprochenen Fälle in die 21
drei Klassen auseinanderstellen. Der im vorigen §. im Allgemeinen gelieferte Beweis wird damit durch alle Einzelnheiten hindurchgeführt sein.

1. Das necessarium negotium.

Ehe wir die einzelnen Rechtsgeschäfte vor unseren Augen vorbeipassiren lassen, bedarf es einiger das innere Wesen des necessarium negotium betreffender Bemerkungen, zu denen der bisherige Gang der Entwicklung noch keine Veranlassung bot. Wir werden uns das Gesammtwesen der necessitas so wie auch der anderen Klassen erst schrittweise aus den Einzelnheiten der Impensenlehre, der act. de in rem verso und negotiorum gestorum aufbauen können, und stets zu prüfen haben, ob, was wir bei dem einen dieser drei Institute in den Quellen hervorgehoben finden, etwa nur zufällig bei den anderen beiden unerwähnt geblieben ist, oder ob es in den besonderen Voraussetzungen des einzelnen Institutes seinen Grund hat. Um jenes anzunehmen, wird es des Nachweises bedürfen, daß der einzelne Punkt ein naturaler Bestandtheil der Begriffe des Nothwendigen, Nützlichen und Überflüssigen ist.

Wir finden bei der act. de in rem verso von den Römern Folgendes hervorgehoben. Der Hausunterthänige muß nicht bloß glauben, das negotium sei dem paterfamilias necessarium (suspicione necessitatis), um der Klage die Wirkungen unserer ersten Klasse beizulegen[1]), es muß auch in der That necessarium sein. Es leuchtet ein, daß bei den Impensen diese Regel nicht in Betracht kommen kann, da bei ihnen an der Stelle des Hausunterthänigen eine bewußtlose Sache steht. Diese

1) Fr. 5. pr. h. t. — Si res domino non necessarias emerit servus, *quasi domino necessarias* etc. Der Verlauf der Stelle führt aus, daß dann nur die Wirkungen des utile negotium eintreten.

21 Regel ist nur die Hervorhebung, daß das objective Moment der necessitas durch das im §. 19. Nr. 1. erwähnte subjective Element nicht ersetzt werden kann, ebenso wie wir dies im §. 19. unter Nr. 2. auch für die Person des Gläubigers schon haben kennen lernen.

An diese Regel schließt sich nun aber noch eine andere an. Das objective Erforderniß der necessitas soll nicht bloß nach einem unsicheren allgemeinen Maaßstabe, sondern nach den individuellen und concreten Verhältnissen des Paterfamilias in Wirklichkeit vorhanden sein [2]), was zu beurtheilen natürlich dem vernünftigen richterlichen Ermessen überlassen ist. Gilt dieser Satz nur für die actio de in rem verso, oder liegt er im Wesen der necessitas, kommt er also auch für die Impensen in Betracht?

Es wird einleuchten, daß dies ohne alles Bedenken zu bejahen ist. Wir haben diese Frage in einer anderen Richtung oben schon kennen lernen. Bei dem utile negotium sind wir zu dem Resultate gelangt, daß der Anspruch, wenn das Geschäft mit dem wahren Willen des dominus übereinstimmte, allerdings auf den vollen Ersatz (s. §. 17.) geht, im Übrigen aber der regelmäßige aus dem utile negotium hervorgehende Anspruch auf Ersatz der Bereicherung nur dann durchführbar ist (d. h. durch das Anheimstellen der Wegnahme nicht elidirt werden kann), wenn man nach vernünftigem Ermessen annehmen darf, dominum eadem facturum fuisse (§. 16. Note 1) [3]). Das Mate-

2) Fr. 3. §. 3. h. t. — *secundum consuetudinem domini*, id est usque ad eum modum, quem dominus ei praestare consueverat. Fr. 7. §. 5. eod. — *quatenus avus pro nepte daturus fuit.* —

3) Auch das vorher §. 20. mitgetheilte Fr. 3. §. 4. de in rem verso, welches von einem wenigstens zum Theil utile negotium redet, enthält negativ denselben Satz: — nec deberet ex eo onerari dominus, *quod ipse facturus non esset.* Dies Princip gilt, da in der dritten Klasse eine allgemeine Haftung sich nur auf die wahre voluntas stützt, ja im weiteren

rial aber, woraus das richterliche arbitrium diese Antwort allein 21
entnehmen kann, sind die individuellen concreten Verhältnisse des dominus. Das nun, was beim utile negotium in dieser Hinsicht gilt, muß nothwendig auch beim necessarium zur Anwendung kommen. Utile wie necessarium negotium haben ja gerade darin ihre objective Grundlage, daß sie, auch bei den Impensen auf die Person des Eigners zurückschlagend, ihm die Sache vor Schaden bewahrt oder werthvoller gemacht haben. Nur weil die Abwendung des Schadens und der Gewinn den Eigner trifft, kann das Rechtsverhältniß auf Ersatz eintreten, das gar nicht denkbar wäre, wenn die Sache keinen Herrn hätte. Gerade deßhalb aber kann die Frage von der necessitas und utilitas nicht bloß aus den Verhältnissen der Sache selbst, sondern muß immer zugleich aus denen der Person des Eigners beurtheilt werden[4]).

§. 22. Die Gesammtheit der von den Römischen Juristen 22
bei der actio de in rem verso besprochenen einzelnen Fälle des necessarium negotium ist folgende:

1. Ankauf einer dem dominus nöthigen Sache. Fr. 3. §. 8. h. t. (s. unten §. 56. Nr. 4.)

2. Unterstützung einer den Einsturz drohenden insula. Fr. 3. §. 8. h. t.

Sinn auch für die voluptaria negotia, wie das eben citirte Fragment ebenfalls beweist, indem es von einem aus utilitas und voluptas gemischten Fall redet.

4) Ruhstrat (Archiv Bd. 33. S. 224. 225) versucht es mit folgendem Beispiele gegen das von ihm ganz mißverstandene Wesen der necessitas zu argumentiren: „wenn Jemand sich auf einen Markt begiebt, um Pferde einzukaufen, die für seine Wirthschaft durchaus nothwendig sind, so braucht er sich nicht gefallen zu lassen, wenn ein Anderer diese Pferde für ihn kauft.“ Ein Bedürfniß, das ich mir selbst befriedige, ist ja damit erledigt, und wenn ich mir selbst soviel Pferde kaufe, als ich nöthig habe, so thut der Andere, der nun noch ebensoviel Pferde für mich kauft, etwas für mich Überflüssiges.

3. Ernährung und Kleidung der Sclaven. Fr. 3. §. 1. 3. 10. Fr. 10. §. 7. Fr. 18. 20. h. t. —[1]).

4. Bezahlung einer wirklich begründeten Schuld. Fr. 3. §. 1. Fr. 10. §. 7. h. t. —[2]).

5. Dotirung einer Descendentin im Namen ihres väterlichen Ascendenten, welcher dieselbe selbst dotirt haben würde. Fr. 7. §. 5. bis Fr. 9. h. t. Fr. 17. de SCto Macedoniano.

6. Bürgschaftsübernahme und darauf erfolgte Bezahlung der Schuld. Fr. 10. pr. Fr. 15. h. t. —[3]). Wenn hier auch in der Zahlung die Erfüllung einer eigenen Verpflichtung liegt, so ist doch andererseits in der voraufgehenden Verpflichtung das erforderliche subjective Element der contemplatio domini enthalten, indem nämlich der Hausunterthänige als hoc animo, ut negotium patris gerens, gehandelt hat.

7. Defensio des paterfamilias im judicium. Die in rem versio findet auch hier statt, sobald der Hausunterthänige bewirkt, daß der Vater liberirt wird[4]).

1) Die Ernährung und Kleidung der Kinder, die wir auch als Impensen auftreten sahen (vgl. §. 7. Nr. 10.), steht hier auf gleicher Stufe, fällt nun aber auch unter den Gesichtspunkt von Nr. 4.

2) Schon die Gleichstellung dieses Falles mit der Ernährung der Sclaven, die jedenfalls ein necessarium ist, beweist, daß es sich hier bei der Schuldentilgung ebenfalls um necessitas handelt: „si triticum acceperit et id ipsum in familiam domini cibariorum nomine consumserit, aut si pecuniam a creditore acceptam dominico creditori solverit,“ — „mutuatus quadraginta, creditori ejus solverit vel familiam exhibuerit.“ — vgl. auch oben §. 7. Nr. 7. und §. 6. Note 3.

3) Fr. 10. pr. — Si pro patre filius fidejusserit et creditori solverit, in rem patris videtur versum, *quia patrem liberavit.* — Fr. 15. — nam qui constituit, se quidem obligat, *patrem vero non liberat. Plane si solvat post constitutum*, licet pro se videatur solvisse, hoc est ob id quod constituit, in rem tamen vertisse merito dicetur.

4) Fr. 10. §. 1. h. t. — si filius, quasi defensor patris judicium susceperit et sit condemnatus (also eine wirklich begründete Schuld wird

8. Intercessionen in noch sonstigen Gestalten, als fidejussio und defensio, mit darauf erfolgter Liberirung[5]).

9. Begräbniß eines Todten, in Betreff dessen die Begräbnißpflicht dem Paterfamilias obliegt. Was in dieser Hinsicht nach den Verhältnissen, als zu der schicklichen Besorgung des Begräbnisses gehörig, verausgabt worden ist z. B. für odores oder unguenta, erscheint als Theil des necessarium negotium, während die Anschaffung solcher Stoffe abgesehen von einem Begräbniß sich als voluptarium negotium herausstellen würde[6]).

10. Ernährung der Tochter und ihrer Sclaven, deren Unterhaltung der Vater als Dotalleistung übernommen hatte[7]).

Blicken wir nach dieser Zusammenstellung zurück auf die Fälle der necessariae impensae (§. 7.), so zeigt sich sogleich, daß wir uns mit ihnen ganz auf demselben Boden befinden. Manche von den Fällen sind durchaus dieselben, und es ist klar, daß alle die dort bei den Impensen erwähnten auch hier für die

angenommen), de in rem verso teneri patrem; *namque filius eum judicio suscepto liberavit.* Fr. 10. §. 3. eod.

5) Fr. 10. §. 2. h. t. — si quod patrem dari oporteret, a filio sim stipulatus, *et ita convenerim filium.*

6) Fr. 7. §. 3. h. t. — si odores et unguenta servus emerit, et *ad funus erogaverit quod ad dominum suum pertinebat* (vgl. als Gegensatz das oben citirte Fr. 3. §. 6. eod. „ad luxuriae materiam, unguenta forte"). S. ferner 19. eod. „sepulturam et funus filii, patris esse aes alienum." Wir sehen hier also, daß es des Vorhandenseins der voluntas des paterfamilias nicht bedarf, während wir dieselbe oben (§. 10.) für die Errichtung eines Monumentes allerdings für nöthig erkannt haben.

7) Fr. 20. h. t. — si ad ea erogatum esset, *sine quibus aut se tueri aut servos paternos exhibere non potuisset*, dandam de in rem verso utilem actionem. Fr. 21. eod. — eos nummos illa *in usus necessarios sibi et in servos, quos secum habebat, consumsit.* — Obgleich hier von der utilis de in rem verso actio die Rede ist, so erscheint der Begriff der necessitas dabei ganz unverändert.

22 actio de in rem verso, wenn wir uns etwa den Hausunterthänigen zu solchem Zwecke Geld aufnehmen denken, passend sind. Nur umgekehrt ist es nicht auch so möglich, daß Alles, was als necessarium zur actio de in rem verso sich eignet, auch als Impensen erscheinen könnte. Der weitere Gesichtskreis, auf dem wir hier stehen, ist ja der, daß wir eine necessitas lediglich für die Person des Paterfamilias vorauszusetzen brauchen, während bei den Impensen immer noch mehr oder weniger eine Beziehung auf irgend eine Sache nöthig ist[8]). Freilich sahen wir, daß sich dies bei den Impensen ziemlich weit ausdehnen lasse, woraus es sich erklärt, daß die Ernährung der Tochter dort als Last der dos, hier als persönliche Verpflichtung des Vaters vorkommen konnte. Auch in anderer Beziehung finden sich noch gleichartige Punkte. Die Begrabung eines Todten haben wir dort kennen lernen bei einem Sclaven (s. §. 7. Note 8.), hier bei einem Sohne (Nr. 9.). Auch hier aber sehen wir, daß diesen Begräbnißkosten, auf der Grundlage einer Ehrenpflicht gegen den Verstorbenen, in Wahrheit der Charakter der juristischen Pflicht, des aes alienum, beigelegt wird. — Ein anderer Fall, wo die moralische Pflicht noch neben der juristischen in Betracht kommt, ist in Nr. 5. enthalten. Es wird freilich ein juristisch zum Dotiren verpflichteter Ascendent vorausgesetzt, aber die actio de in rem verso geht nicht auf das, was der Ascendent juristisch hätte leisten müssen, sondern (worin ein Mehres liegen kann) auf das, was der Ascendent selbst geleistet haben würde[9]).

---

8) So wird in Fr. 53. de her. pet. (§. 6. Note 3.) die Bezahlung von Schulden zusammen mit den necessariae impensae als ein necessarium hingestellt, aber eben doch von ihnen getrennt.

9) Fr. 7. §. 5. h. t. — quatenus avus pro nepte daturus fuit. — Fr. 9. eod. — si vero pater dotem daturus non fuit, in rem patris versum non videtur.

Am meisten hervortretend ist nun für uns, im Gegensatz 22
zu den Impensen, das Gebiet der für den Paterfamilias erfüllten rein *juristischen* Verpflichtungen. Bei den Impensen herrschen, wenn man so sagen will, im Gegensatz der moralischen und juristischen, mehr die natürlichen Pflichten des Reparirens, Wiederherstellens, Schützens von Sachen vor, Pflichten, deren Erfüllung sich von selbst versteht, wenn man nicht unmittelbar die Sache verlieren will. Bei den juristischen Pflichten (von denen hier nur die auf *Vermögens*leistung in Betracht kommen) schlägt die Folge der Nichterfüllung nur selten unmittelbar auf eine bestimmte *Sache* zurück[10]), sie wird meistens, wie die Pflicht auf der Person ruht, auch diese selbst, und nur sie treffen.

Diese Pflichten, die *Schulden*, geben nun, wie wir sehen, in der verschiedensten Weise den Anlaß zu einem necessarium negotium (Nr. 4—10.). Als das Gemeinsame aber zieht sich durch alle Punkte hindurch, daß der Paterfamilias in der That von seiner Verpflichtung liberirt sein muß; ein Satz, der übrigens gar nichts Besonderes enthält. Alle necessaria negotia gestalten sich so, daß dem dominus zunächst eine Pflicht, eine necessitas, als obliegend vorausgesetzt wird. Wir wollen sie fortan unter die drei Gesichtspunkte der *natürlichen*, *sittlichen* und *juristischen* Pflicht uns zusammenstellen. Jede wahre Versäumung einer wahren Pflicht bringt nachtheilige Folgen hervor, wenn daher nun ein Anderer für den dominus eintritt, und die Pflicht erfüllt, so bewahrt er den Herrn vor Schaden. Von dem Standpunkte aus, daß der Herr die Pflicht eigentlich selbst hätte erfüllen müssen, heißt daher das negotium: necessarium; von dem Standpunkte des Erfolges aus sagen

10) Wo dies der Fall ist, da kann die Erfüllung dieser Verpflichtung auch unter dem Gesichtspunkt der necessariae impensae erscheinen. S. oben §. 7. Nr. 10. 12. 13.

22 die Römer mit Recht, es werde das Nichtschlechterwerden des Vermögens dadurch bewirkt. Natürlich aber fordert dieser objective Charakter des negotium eine vollendete Thatsache, wodurch nach den menschlichen Verhältnissen der Schaden vermieden worden ist. Das Haus, das einzustürzen, der Sclave, der zu verhungern, und der Gläubiger, der zu klagen oder zu interpelliren droht, stehen sich in dieser Hinsicht ganz gleich. Das Haus muß gestützt, der Sclave gespeist, der Gläubiger befriedigt (nicht bloß vertröstet) worden sein, ehe das necessarium negotium eine vollendete Thatsache genannt werden kann.

Für alle drei Klassen von necessitas gilt nun aber natürlich, wie zum Schluß noch hervorgehoben werden muß, der im vorigen §. nachgewiesene Satz, daß die necessitas nicht bloß nach einem abstracten Maaßstabe, sondern nach den concreten Verhältnissen des Paterfamilias bemessen werden muß. Also auch bei der Schuldenzahlung muß man sagen können: dominum eadem facturum fuisse; und nicht bloß darf die Sachlage so sein, daß er nach seiner zufälligen Laune die Schuld bezahlt, sondern es muß sich herausstellen, daß er die Zahlung als eine necessitas betrachtet haben würde, daß die Schuld, um Schaden abzuwenden, bezahlt werden müsse; also nicht der abstracte Maaßstab der Fälligkeit der Schuld etwa, oder der mora kann hier allein entscheiden, sondern die concreten Verhältnisse sind hinzuzuziehen; also z. B. ob diesem Schuldner der Concurs oder Verkauf seiner Pfänder oder sonstige böse Folgen der mora drohen. Aber ebenso wird man auch sagen müssen, daß für einen Mann, der Gründe hat sehr ängstlich auf seinen Credit zu passen, und der deßhalb nie eine Rechnung über einen Monat unbezahlt läßt, auch schon ohne Mahnung die Bezahlung einer solchen nach Ablauf eines Monats als necessitas erscheinen kann. Und ebenso haben wir denn auch umgekehrt anzuerkennen, daß wenn der dominus ein specielles Interesse hatte,

eine gewisse Schuld nicht zu bezahlen, auch die Zahlung derselben nie zur necessitas werden kann. War der Zahlende darüber im Irrthum, so steht ihm immer entgegen, daß es nicht bloß der necessitatis suspicio sondern wirklich der necessitas bedarf. (s. §. 21. Note 1.) 22

2. Das utile negotium.

§. 23. Man könnte glauben, und hat es auch oft genug 23
gesagt, wer die Schuld eines Anderen bezahle, mache denselben reicher, also es liege ein utile negotium vor. Dem ist aber nicht so. Wenn es so wäre, so müßte man dasselbe auch annehmen, wenn er das Gebäude eines Anderen stützt oder die Sclaven desselben ernährt u. s. w., d. h. man müßte das ganze Gebiet der necessaria negotia mit in das des utile hineinziehen. Und in gewisser Weise ist dies allerdings richtig, indem man auch das necessarium und utile (im engeren Sinn) unter dem weiteren Begriff dessen, was Jemandem von Nutzen ist, zusammenfassen kann[1]). Wichtiger aber ist für unsere Lehre, nicht die Vermischung, sondern die scharfe Scheidung der beiden Begriffe, die sich, wie bei den Impensen, so auch bei den vom Hausunterthänigen für den Hausherrn unternommenen Geschäften ganz genau durchführen läßt. Ich werde deßhalb so wie bisher, und so wie es auch in den Quellen geschieht, das utile,

1) Wir werden auch in der That im Verlaufe noch Stellen kennen lernen, worin wir die Römischen Juristen diesen weiteren Begriff von utile anwenden sehen. Einstweilen genügen einige Stellen, worin von diesem Gesichtspunkte aus die Bezahlung einer Schuld oder das Stützen eines Gebäudes als Reichermachen oder als commodum hingestellt wird. Fr. 37. de usuris — „si mutuatus sum pecuniam, ut creditorem tuum absolvam — — utique si plus tibi *praestarim commodi.*" Fr. 6. §. 11. de neg. gest. So sagt ja auch das deutsche Sprichwort: „wer seine Schulden bezahlt, verbessert sein Vermögen." S. auch noch §. 27. Not. 2.

23 wo nichts Besonderes als Abweichung hervorgehoben wird, immer in dem der necessitas entgegengesetzten Sinn nehmen.

In dieser Hinsicht ist utile, wie eben entwickelt wurde, das rem meliorem habere, also, in der Anwendung auf die Voraussetzungen unserer Klage, ein Geschäft, wodurch der Vermögenskreis des Paterfamilias positiv um ein Vermögensstück reicher wird. Also Bezahlung einer Schuld ist nur dann für den Hausherrn ein Reicherwerden, wenn ihm damit der Betrag geschenkt werden soll, fällt aber damit auch sogleich aus dem Gesichtspunkt des *alienum* negotium, wovon wir hier reden, ganz hinaus (§. 19. Note 1.). Zahlt man eine Schuld in der Voraussetzung, daß der Hausherr den Betrag derselben wiedererstatten werde, wie wir das hier annehmen, so kann dies regelmäßig nur so als alienum negotium auftreten, daß man mittelst der Tilgung jener Schuld Schaden abwendete, wodurch man also den dominus nicht reicher gemacht, wohl aber verhindert hat, daß er ärmer werde (s. §. 8. Note 1.)[2]).

---

2) Nur unter der Voraussetzung, daß die actio de in rem verso nicht bestände, würde trotz des Willens, den Hausherrn sich zu verbinden, die Erfüllung der demselben obliegenden Verpflichtung, auch abgesehen vom animus donandi, eine Bereicherung bewirken, und in dieser Hinsicht faßt der Jurist in Fr. 10. §. 7. h. t. die Klage in Betreff des necessarium und utile negotium so zusammen: nam *adversus lucrum domini videtur subventum* (s. auch Fr. 66. de solut.). Es ist damit aber nur das Princip der natürlichen aequitas, das dieser Klage wie den Impensen (s. §. 12. Nr. 1.) zum Grunde liegt, angegeben. Im Übrigen kann es selbstverständlich innerhalb der Klage, wie eben so auch in der Impensenlehre, große Verschiedenheiten hervorrufen, ob man sein eigenes Vermögen zum Wohl eines Anderen so verringert hat, daß man dessen Vermögen vor Verringerung bewahrte oder positiv vergrößerte und eben das sind unsere beiden Klassen des necessarium und utile negotium. Alle Geschäfte nun, die gewöhnlich als necessaria auftreten (Stützung eines Hauses, Bezahlung von Schulden, Ernährung von Thieren, u. s. w.), können, wenn aus besonderen Gründen die necessitas nicht vorhanden ist, dann doch noch wenigstens eine

Der Begriff also des positiv Reicherwerdens ist es, der 23
scharf festzuhalten, und durch die einzelnen verschieden gestalteten Fälle durchzuführen ist. Auch den Römischen Juristen erscheint es nöthig, an einzelnen Beispielen nachzuweisen, was kein utile negotium und also auch keine in rem versio ist. So gehört nicht hieher der Preis für die Manumission eines Sclaven, soweit der wirkliche Werth des Letzteren reicht [3]), ferner ist keine in rem versio das Einziehen des dem Sclaven gegebenen Peculium, oder die Erlangung des pretium, wenn man den Sclaven mit seinem Peculium, oder wenn der Sclave eine Sache aus seinem Peculium verkauft hat, weil dies Alles nur Vertauschungen für das sind, was bereits zu dem Vermögen des Paterfamilias gehört [4]). Ebensowenig kann von Bereicherung des Hausherrn die Rede sein, wenn der Hausunterthänige ihm eine res peculiaris (die ihm also schon gehört, nur daß sie Theil des

Bereicherung bewirkt haben, also das schwächere Rechtsverhältniß des utile negotium hervorrufen. Es kann aber natürlich in jenen Geschäften (in denen ja an sich die materiellen Voraussetzungen, wovon hier die Rede ist, gar nicht ausgedrückt sind), auch bloß ein voluptarium negotium liegen, aus dem denn auch nur das dem entsprechende Rechtsverhältniß sich zu gestalten vermag. Anders und nicht in jeder Hinsicht richtig: Wächter (im Arch. f. civ. Pr. XX. S. 350. Note 19.), der Einzige übrigens von den neueren Schriftstellern, der den erfreulichen Versuch macht, dem Wesen wenigstens des necessarium negotium in einzelnen Beispielen nachzugehen.

3) Fr. 2. Fr. 3. pr. h. t.

4) Fr. 5. §. 3. h. t. — Fr. 6. eod. — Nam si hoc verum esset, etiam ante quam venderet rem peculiarem, de in rem verso teneretur, quia hoc ipso, quod servus rem in peculio haberet, locupletior fieret; quod aperte falsum est. Von einer bereichernden in rem versio kann beim Kauf offenbar nur soweit die Rede sein, als man schon die Leistung des anderen Theils erhalten hat, und nun seinerseits das Aequivalent nicht bezahlt. S. §. 24. Note 5. §. 25. Note 1.

23 peculium ist) schenkt und diese mithin nur aus dem peculium in die pecunia des Hausherrn herübertritt[5]).

24 §. 24. Betrachten wir nun die einzelnen Gestaltungen des utile negotium, die wir in den Quellen entwickelt finden:

1. Wenn der Hausunterthänige von einem Anderen, (welcher eben der zur actio de in rem verso berechtigte Gläubiger werden soll) Geld leiht, also damit um den Betrag dieses Geldes seinen Vermögenskreis (d. h. den seines Peculiums) vergrößert, und wenn er nun dies Geld an den Paterfamilias giebt, ohne damit eine Schuld an denselben zu tilgen, noch eine Forderung gegen ihn zu begründen, so wird der Vater durch das Geld wirklich reicher, und soweit dies Reicherwerden statt findet, hat jener Darlehnsgläubiger gegen ihn die actio de in rem verso. Das Geben des Geldes von Seiten des Hausunterthänigen an den Hausherrn kann in sehr verschiedener Weise gedacht werden. Es kann z. B. wahre Schenkung sein, kann sich als Zuvielgezahltes bei Tilgung einer Schuld, als Überschuß über den wahren Werth des Sclaven bei dem zum Zweck der Manumission an den Herrn Gegebenen herausstellen[1]).

2. Wenn der Sohn nicht (wie unter Nr. 1.) auf eigene Hand Geld aufnimmt, das dann an den Vater gelangt, sondern wenn die Art des Geldaufnehmens vom Dritten gleich so geschieht, daß der Vater mit dem Sohne zusammen (z. B. durch actio quod jussu, oder als correus debendi) Schuldner des Darleihers wird, so kann natürlich der Dritte, da er schon eine

5) Fr. 7. pr. h. t.

1) Fr. 7. §. 1. Fr. 10. §. 7. („quod excedit vertit"). Fr. 3. pr. („in rem autem videri versum, si quid plus sit in eo, quod servus dedit, quam est in servi pretio") h. t. — An einen derartigen Fall wird auch denken Fr. 20. §. 1. und Fr. 10. §. 8. h. t. „si decem in rem domini vertit", nicht aber Fr. 17. pr. h. t. „servus in rem domini (darunter muß hier ein necessarium negotium verstanden werden — s. unten §. 28. Not. 3.) pecuniam mutuatus sine culpa eam perdidit."

Klage aus dem Rechtsgeschäft gegen den Vater hat, nicht noch 24
dadurch eine actio de in rem verso gegen denselben erlangen, daß das gesammte dargeliehene Geld an den Vater gelangt war. Wenn nun aber hierauf der Sohn von einem Vierten Geld aufnimmt und damit den früheren Gläubiger bezahlt, so muß dieser Vierte nicht bloß dann eine actio de in rem verso erhalten, wenn der frühere Gläubiger nach den Grundsätzen der necessitas zu befriedigen war, sondern auch schon deßhalb, weil der Vater (an den die gesammte zuerst angeliehene Summe gelangt war, ohne daß er sie jetzt nach Tilgung seiner Schuld zurückzuzahlen braucht) um das ganze Geld bereichert worden war, und der Vierte durch die Befriedigung des Dritten nun gleichsam an dessen Stelle tritt. Er erhält freilich nicht die Klage, die der Dritte gehabt hatte, aber durch die Abzahlung des Dritten tritt es jetzt hinterdrein (ex eventu) selbständig hervor, daß der Vater sich um den Betrag der Zahlung bereichert findet. Wenn aber das Geld nicht in das Vermögen des Vaters gekommen war, „und mithin" der Sohn sein eigenes negotium ausführte („et suum negotium gerens"), indem er den Dritten, dem der Vater nun nur wegen einer fremden Schuld verhaftet ist, durch Leihen vom Vierten bezahlt, so kann dieser Vierte auch dadurch keine actio de in rem verso wegen der Bereicherung des Vaters erhalten [2]).

5. Wenn der Sohn von einem Dritten Geld leiht, und nun freilich nicht dies Geld selbst an den Vater gelangt, wohl aber dem Vater (dominicae rationis) dadurch eine Forderung

2) Hiermit wird folgende interessante Stelle verständlich sein. Fr. 10. §. 10. h. t. — an *ex eventu* possit in rem patris filius vertere? Veluti si duo rei pater et filius fuerint, et filius mutuatus suo nomine solvat, vel si filio jussu patris credideris et filius creditum tibi solvisset. Mihi videtur, *si quidem pecunia ad patrem pervenerat, videri in rem versum: quod si non fuit, et suum negotium gerens filius solvit*, non esse de in rem verso actionem.

24 erworben wird (quod nomen ei acquisitum sit), z. B. eine condictio ex mutuo [3]) oder eine condictio indebiti [4]).

4. Wenn dem Hausherrn eine res *non necessaria* vom Hausunterthänigen gekauft wird, so haftet er mit der actio de in rem verso wegen des Kaufpreises dem Verkäufer so weit, als er durch die Sache wahrhaft bereichert worden ist. Wie weit dies reicht, wird später noch genauer in Betracht gezogen werden [5]).

Vergleichen wir diese Fälle mit den oben unter den utiles impensae aufgeführten (§. 8.), so sehen wir bei beiden den Begriff des utile ganz streng festgehalten, wir haben aber hier und dort ganz verschiedene Fälle angetroffen. Der Gesichtskreis wird uns also durch die Zusammenhaltung beider wesentlich erweitert. Dort fanden sich, wie sich von selbst versteht, nur Bereicherungen, die sich an eine andere Sache anschließen, hier dagegen gebrauchen, was sich nicht von selbst versteht, die Römischen Juristen zufällig nur Beispiele von den unmittelbar auf die Person des Hausherrn zurückfallenden Vermögenserweiterungen. Wir dürfen nun, gerade ebenso wie bei dem necessarium negotium, die unmittelbar eine Sache des Hausherrn betreffenden Geschäfte ganz unbedenklich mit in den Kreis der actio de in rem verso hineinziehen; also z. B. wenn der Haussohn Geld aufnimmt zur Verbesserung der Bodencultur des väterlichen Grundstücks oder wenn er die Pferde des Vaters zureiten läßt, so werden wir dem Gläubiger ohne Zweifel die Klage zuzugestehen haben.

---

3) Fr. 3. §. 5. h. t.

4) Fr. 3. §. 1. h. t. verb. „Sed et si erravit“ etc.

5) Fr. 5. pr. Fr. 12. h. t. — Ein eigenthümliches Beispiel in Fr. 16. h. t. — „si quid amplioris pecuniae posteriores boves essent, ejus oportere dominum condemnari.

3. Das voluptarium negotium.

§. 25. Schon bei der allgemeinen Nachweisung der drei Klas- 25
sen der actio de in rem verso sind drei Stellen mitgetheilt worden, in denen Fälle des voluptarium negotium besprochen werden (s. §. 20.). Wir können daher diese Klasse, die begreiflich immer in Verhältniß zu den anderen beiden die seltnere ist, hier mit wenigen Worten erledigen.

Man darf wohl aus dem Namen unserer Klage den Schluß ziehen, daß bei der Einführung derselben diese unsere dritte Klasse noch nicht erkannt worden war, und man zunächst nur an das necessarium und utile negotium gedacht hatte. In rem vertere heißt grammatisch soviel als bono domini accedere [1]), und nun soll doch, wie oben (§. 20.) gezeigt wurde, nicht bloß dies, sondern Alles in unsere Klage begriffen werden, was sich als negotium domini auffassen läßt. Wir können nicht zweifeln, daß, indem keine positive Rechtssatzung entgegenstand, die Wissenschaft es gewesen ist, welche, so wie sie die drei Klassen der Impensen aus der naturalis ratio gebildet hatte, so auch hier nach dem Wesen der Lebensverhältnisse, unbekümmert um den nicht ganz passenden Wortlaut der Klage, die dritte Klasse hervorhob.

Einzelne Beispiele dieser Klasse habe ich übrigens aus den Quellen nicht weiter anzugeben. Daß wir die Fälle der vo-

1) In diesem engeren Sinn wird es denn auch bisweilen von den Römern gebraucht; s. z. B. §. 41. Nr. 3. — Fr. 10. §. 10. de in rem verso; Fr. 32. §. 4. de adm. tutor.; Fr. 24. pr. de o. et a.; L. 24. C. de negot. gest. — Dieser engere Sinn liegt ferner dem Pfandrechte wegen s. g. in rem versio zum Grunde: *necessarium* negotium Fr. 3. §. 1. Fr. 5. 6. qui potior. in pign. *utile* negotium Fr. 7. pr. eod.; s. auch noch Fr. 22. de her. vel. act. vend. „pignoris nomine." Fr. 31. §. 8 de Aedil. edict. „pignoris loco." Vgl. im Gegensatze Fr. 5. de dote prael. „pignoris nomine." (Nicht richtig aufgefaßt von Dernburg Compensation S. 163.) S. auch §. 23. Note 4. §. 24. Note 5. §. 8. Nr. 7.

25 luptariae impensae (§. 9. u. 10.) hier herübertragen dürfen, versteht sich nach dem schon bei den anderen beiden Klassen Bemerkten von selbst.

---

26 §. 26. In den voraufgehenden Paragraphen sind die factischen Voraussetzungen, die subjectiven (§. 19.) wie die objectiven (§. 20—25.), geprüft worden, welche bei der actio de in rem verso in Betracht kommen. Ich gehe jetzt, parallel dem Gange, den ich bei der Darstellung der Impensen nehmen mußte (s. §. 11.), zu der Besprechung des Rechtsverhältnisses selbst über, welches sich auf jenen Voraussetzungen aufbaut. Der Prätor hat die Klage gegeben, indem er unter den von vorn herein gewiß ihm klar vor Augen schwebenden subjectiven Voraussetzungen ein Rechtsmittel für practisches Bedürfniß hielt, dessen objective Voraussetzungen er freilich auch im Allgemeinen erkannt haben wird, ohne daß er sich aber auf etwas Anderes als eine ganz generelle, im Namen der Klage fortlebende, und im Grunde nicht einmal ganz richtige Bezeichnung derselben eingelassen hätte. Die Wissenschaft ist es, die von Prätorischer positiver Satzung auf der anderen Seite auch keinesweges beengt durch scharfes Studium der in den Lebensverhältnissen reell existirenden drei Klassen des alienum negotium diesen objectiven Voraussetzungen erst ihren wahren, aber eben deßhalb materiell über der positiven Gesetzgebung stehenden Inhalt gegeben hat.

Sobald nun so durch die Setzung der Klage in einer positiven Rechtsquelle der juristische Boden abgesteckt, und der naturale Stoff desselben mit Hülfe der Wissenschaft genauer ermittelt worden ist, wird es zur weiteren Aufgabe, das Detail des Rechtsverhältnisses auszuarbeiten, welches den juristischen Körper ausmacht, der durch den Schild jener Klage als nunmehr gedeckt erscheint. Die meisten Stücke dieses Körpers sind

nichts als Folgesätze, die sich aus der Combination der ge- 26
gebenen Elemente — des Gesetztseins der Klage, unserer natu-
ralen Voraussetzungen, und anderweitiger im Rechtsgebiete uns entgegentretender Sätze — entwickeln lassen, zu deren Aussprechung also auch die Wissenschaft hinreicht. Nur ausnahmsweise, wo besondere Gründe ein weiteres Eingreifen nöthig machen, könnte neben der Wissenschaft hier noch wieder die Thätigkeit einer Rechtsquelle hervortreten.

Sehen wir, wie sich in solcher Weise die Römer das Rechtsverhältniß zusammengebaut haben. Wir beginnen dabei mit folgendem Satze.

Das Rechtsverhältniß zwischen dem Gläubiger und Paterfamilias beginnt, sobald die in rem versio wirklich erfolgt ist. Sie bildet eine Zustandsobligation. Die objectiven Momente und deren wirkliches thatsächliches Eingreifen in das Vermögen des Paterfamilias sind immer die eigentlichen Grundsteine, an die sich die mit mehr oder minderer Wichtigkeit hervortretende voluntas domini nur anlehnt. Das necessarium, utile oder voluptarium negotium, oder mit anderen Worten: die in rem versio muß also geschehen sein, und nur soweit sie geschehen ist, kann die Klage stattfinden [1]).

Die Art nun aber, wie das negotium wirklich in den Vermögenskreis des Paterfamilias eingreift, läßt sich als eine dreifache denken:

1. Es kann unmittelbar vom Gläubiger das Vermögensstück zur Erfüllung der nothwendigen, nützlichen oder voluptaren Zwecke durch den Hausunterthänigen in das Vermögen des Paterfamilias hinübergetragen sein [2]). Dies, was hier die nächst-

1) Fr. 10. §. 4. h. t. — *In rem autem versum videtur, prout aliquid versum est;* proinde si pars versa est, de parte erit actio.

2) Fr. 3. §. 1. h. t. — In rem autem versum videtur, sive *id ipsum*, quod servus accepit, in rem domini converterit, veluti si triticum

26 liegende Gestaltung ist, war bei den Impensen die allein denkbare, indem dort nicht durch die Hand eines Menschen (sei es ein Hauskind, sei es ein Sclave), sondern durch das Verknüpftwerden mit einer Sache (allerdings möglicherweise auch einem Sclaven) die Herüberleitung in das Vermögen des Herrn geschah.

2. Es kann der vom Gläubiger hergegebene Vermögensgegenstand zu der Herstellung oder Anschaffung eines anderen Vermögensstückes verwandt werden, welcher nun in das Vermögen des Paterfamilias gelangt [3]).

3. Der Hausunterthänige kann endlich den Vermögensgegenstand anfangs in sein Peculium gebracht haben, wonach also die actio de in rem verso gegen den Vater zunächst nicht begründet ist [4]). Der Gläubiger des Sohnes erhält sie aber dann noch hinterdrein, wenn der Sohn jenen Vermögensgegenstand in das Vermögen des Vaters hinüberbringt [5]).

27 §. 27. Sobald durch die in rem versio das Rechtsverhältniß begründet worden ist, so geht die actio de in rem verso auf die Gegenstände, welche ich als aus dem Wesen des necessarium, utile und voluptarium negotium sich entwickelnd schon oben bei den Impensen dargelegt habe. Ich will die Resultate der früheren Beweisführung hier kurz zusammenstellen, und es werden sodann nur einzelne Punkte herauszugreifen sein,

---

acceperit, et id ipsum in familiam domini cibariorum nomine consumserit, aut si pecuniam a creditore acceptam dominico creditori solverit.

3) Fr. 3. §. 1. cit. — sive cum servus domini negotii gerendi administrandive causa quid gessit, veluti si mutuatus sit pecuniam, ut frumentum compararet ad familiam alendam, vel si ad vestiendam.

4) Von der actio de in rem verso in peculium ist hier nicht die Rede. Fr. 17. §. 1. h. t.

5) Fr. 3. §. 1. cit. — sive peculiariter mutuatus, postea in rem domini vertit. Hoc enim jure utimur, ut etiamsi prius in peculium vertit pecuniam, mox in rem domini, esse de in rem verso actio possit. F. 5. §. 3. eod.

die noch einer weiteren Fortführung, als bei der Impensenlehre 27
möglich war, bedürfen.

1. Die actio de in rem verso wegen eines nothwendigen Negotium geht auf den vollen Werth des zur Abwendung oder Wiederherstellung eines Schadens des Paterfamilias Verwendeten[1]). Natürlich darf der etwa schon vorgefallene Schaden nicht durch die eigene culpa des Gläubigers entstanden sein (§. 14. Note 1.). Die etwa hinzukommende voluntas des Paterfamilias ändert an dem Gegenstande der Klage nichts; er wäre auch ohne das gezwungen, das für ihn geführte Negotium in seinem ganzen Umfange anzuerkennen. Wohl aber bedarf es des Vorhandenseins solcher concreten Verhältnisse, daß ein vernünftiges Ermessen zu der Annahme führt, der Paterfamilias werde das Geschäft auch selbst unternommen und in gleichartiger Weise ausgeführt haben (s. §. 21.). Sobald übrigens das Geschäft in sich selbst eine vollendete Thatsache ist, kann es für das Bestehen der Klage nicht weiter darauf ankommen, ob ein späteres Ereigniß den ganzen Vortheil, welcher in der Abwehr des Schadens lag, hinterdrein wieder zunichte gemacht hat, indem z. B. das reparirte Gebäude hinterdrein abgebrannt, der curirte oder ernährte Sclav gestorben ist. Der Gläubiger, der etwa zu jenen Bedürfnissen Geld dargeliehen hat, kann sich darauf berufen, daß das Geschäft nur utiliter coeptum zu sein brauche[2]).

1) vgl. §. 14. Note 4. mit Fr. 5. pr. h. t. — quum, si *necessarias* emisset, *in solidum*, *quanto venissent*, tenerentur.

2) Es ist dies der oben §. 14. Note 2. bereits nachgewiesene Punkt. Daß der spätere Untergang bei einem necessarium negotium nicht in Betracht komme, erklärt Marcian in Fr. 47. §. 1. de solut. aus der vollendeten Bereicherung. Daß eine Bereicherung vorliege, ist zur Erklärung der Sache durchaus nicht nöthig, und es erscheint hier Bereicherung (d. h. Nichtärmerwerden) in jener allgemeineren abgeleiteten Bedeutung, wovon im §. 23. Note 1. die Rede war.

27 2. In Folge eines **nützlichen** Negotium werden wir nach den früheren Beweisführungen der actio de in rem verso einen dreifach verschiedenen Inhalt anzuweisen haben.

Zunächst bewirkt, während bei den necessaria negotia die voluntas domini keine juristische Bedeutung hat, bei den utilia das Hinzutreten dieses Willens, daß die Klage zu voll auf das, was der Creditor aus seinem Vermögen aufgewendet hat, gerichtet werden kann. Wir haben für diesen Satz freilich keine Beweisstelle aus den Quellen anzuführen, und doch wird derselbe nach dem oben Bemerkten (§. 17.) als nicht zweifelhaft erscheinen.

Zweitens kann das utile negotium, zwar ohne den Willen des dominus, aber in dem präsumtiven Sinn desselben nach den besonderen bei ihm vorhandenen Verhältnissen erfolgt sein. Es ist dies die regelmäßige Gestalt, in welcher das utile negotium auftritt. Ich habe oben nachgewiesen, daß das hier aus demselben hervorgehende Recht der Anspruch auf Ersatz der Bereicherung ist (§. 15. Note 1. §. 16. Note 1.), und es versteht sich danach von selbst, daß dies auch der regelmäßige Gegenstand der auf ein utile negotium gestützten actio de in rem verso sein muß [3]).

Wenn endlich **drittens** das negotium, obgleich im Allgemeinen utile, den individuellen Verhältnissen des Paterfami-

3) Die im §. 15. Note 1. citirten Stellen stimmen darnach, indem die Römer dies richtig erkannten, auch völlig mit folgenden anderen überein: Fr. 5. pr. h. t. — Si res domino *non necessarias* emerit servus, quasi domino necessarias, veluti servos, hactenus videri in rem ejus versum, — quatenus servorum *verum pretium* faciat. Fr. 12. eod. — Si fundum patri dominove emit servus vel filiusfamilias, versum quidem esse videtur, ita tamen, ut *sive minoris sit, quam est emtus*, tantum videatur in rem versum, *quanti dignus sit*, *sive pluris sit, non plus* videatur in rem versum, *quam emtus est*. Fr. 16. eod. — si quid amplioris pecuniae posteriores boves essent, ejus oportere dominum condemnari.

lias nicht entsprechend war, so daß er durch Zahlung der Be- 27
reicherung in größeren Schaden kommen, namentlich zum Verlust der Sache gebracht werden würde, auf die sich das negotium bezieht, so hat der Paterfamilias der actio de in rem verso auf Ersatz der Bereicherung gegenüber das Recht, dem Gläubiger die Wegnahme anheimzustellen. Es ist oben bereits bei einer anderen Gelegenheit eine Stelle vorgekommen (§. 20.), wodurch die Herüberziehung dieses Satzes aus der Impensenlehre (§. 16.), welche schon ohnedies ohne alle Bedenken sein würde, auch mit einem vollen äußeren Beweise versehen wird[4]).

3. Die actio de in rem verso in Folge eines voluptaren Geschäftes ist, wie die auch bei den Impensen denkbare actio oder jedenfalls die exceptio doli, zunächst nur auf das tollere gerichtet, sobald aber die voluntas hinzutritt, — sei dies von Anfang an, sei es hinterdrein als Genehmigung, sei dieselbe endlich versteckt in dem bloßen Nichtleidenwollen der Wegnahme, — so geht die Klage, so wie beim necessarium negotium, in solidum gegen den Paterfamilias. Es wird dies, wenn wir das in den §§. 9. 10. und 17. Gesagte mit den Stellen zusammenhalten, welche unsere dritte Klasse bei der actio de in rem verso darthun (§. 20.), eines weiteren Beweises nicht bedürfen.

§. 28. Ich gelange, nach diesem Überblick über das ganze 28
Rechtsverhältniß der actio de in rem verso, zu den einzelnen daraus hervorzuhebenden Fragen, welche zu einer eingehenderen Besprechung auffordern. Es sind Fragen, die sich insbesondere für die ersten beiden Klassen, das necessarium und utile negotium, von Bedeutung zeigen[1]). — Wir haben im vorigen §.

4) Auch die genaueren im §. 16. bei Note 4. u. 5. angegebenen Einzelnheiten sind, als mit dem Ganzen unzertrennlich verbunden, bei der actio de in rem verso nicht außer Acht zu lassen.

1) Für das voluptarium negotium wird eine analoge Übertragung nur, wenn die voluntas domini vorliegt, von Interesse sein.

28 (bei Note 2.) gesehen, daß bei der actio de in rem verso das necessarium negotium ebenso wie bei den Impensen utiliter coeptum sein müsse, und wir haben dies bisher, wie auch von den Römischen Juristen geschieht, so erklärt, daß das Geschäft, wenn es nur in sich eine vollendete Thatsache ist, durch den Hinzutritt eines späteren schadenbringenden Ereignisses in seinen Wirkungen auf den Dominus nicht verändert werden kann. Es versteht sich von selbst, daß für die Impensen es lediglich bei diesem Satze bleiben muß, da wir dort den Verwendenden uns der Sache gegenüber handelnd denken, und erst durch die wirkliche Vornahme des Geschäfts, also z. B. des Stützens der insula, der objective Grund eintritt, durch welchen der dominus zum Ersatz verpflichtet wird. Wenn also der Verwendende etwa Geld aufnimmt, um die insula zu stützen, dieses Geld ihm aber durch Zufall untergeht, so kann wegen der intendirten Verwendung von einem Ersatzanspruch nicht die Rede sein [2]).

Im Gebiete der actio de in rem verso müssen wir nun aber, bei an sich ganz gleichen Principien, wegen der wesentlich anderen factischen Voraussetzungen offenbar viel weiter gelangen. Der Gläubiger contrahirt hier mit einem handlungsfähigen Menschen, der das necessarium negotium für seinen Hausherrn ausführt. In der necessitas liegt der Grund, daß er sich mit seiner Klage an den Letzteren halten kann, sie ist ihm gleichsam die Legitimation, durch die er veranlaßt

---

2) Nur bei denjenigen Impensen, die nicht auf eine Sache, sondern auf ein negotium (zu welchem man durch Mandat legitimirt ist, während über die Verwendungen selbst der Auftrag nichts festsetzte — s. §. 7. Nr. 14. u. 15.) gerichtet sind, liegt in dem Auftrage zum *negotium* genügender Grund, um auch das utiliter coeptum für die Impensen in ebenso ausgedehnter Weise zu verstehen, wie bei der actio de in rem verso. Vgl. das in der folgenden Note abgedruckte Fr. 17. pr. h. t.

werden durfte, mit dem Hausunterthänigen den Contract ab- 28
zuschließen. Freilich genügt nun dies noch nicht, von dem Gläubiger heißt es mit Recht: curiosus esse debet quo vertatur (s. §. 19. Nr. 2.), aber wenn er nun wirklich curiosus gewesen ist, wenn wir also auch in der Person des Hausunterthänigen allen dolus und alle culpa, der Vornahme des necessarium negotium auszuweichen, uns hinwegdenken, alsdann ist doch offenbar Allem Genüge geleistet, was man hier fordern kann. Für den Gläubiger ist ja das ganze necessarium negotium durch seine Contractschließung mit dem Hausunterthänigen eine vollendete Thatsache, und wenn, ohne alle culpa Beider, der Zufall die wirkliche Zustandebringung des eigentlich intendirten negotium vereitelt, so ist dasselbe doch, für seinen Standpunkt dem Hausherrn gegenüber, bereits zur Genüge utiliter coeptum, und er muß trotz des mißglückten Unternehmens die actio de in rem verso haben. Leiht mithin der Hausunterthänige Geld an, um das Haus des dominus zu stützen, die Sclaven desselben zu curiren oder zu ernähren u. s. w., so hat der Gläubiger die Klage nicht bloß wenn hinterdrein das gestützte Haus abgebrannt, oder der ärztlich behandelte oder ernährte Sclav gestorben ist, sondern auch wenn das dargeliehene Geld oder das dafür Angeschaffte ohne culpa verloren ging, ohne daß es zu der Stützung des Hauses oder der Ernährung des Sclaven überhaupt gekommen war [3]).

§. 29. Diesen für das necessarium negotium dargestell- 29

3) Fr. 17. pr. h. t. — Servus in rem domini pecuniam mutuatus, sine culpa eam perdidit. Nihilominus posse cum domino de in rem verso agi, existimavit; nam et si procurator meus in negotia mea impensurus pecuniam mutuatus, sine culpa eam perdiderit, recte eum hoc nomine mandati vel negotiorum gestorum acturum. Fr. 3. §. 7. eod. Unde recte dicitur, et si frumentum comparavit servus ad alendam domini familiam, et in horreo dominico reposuit et hoc periit, vel corruptum est vel arsit, videri in rem versum. S. noch Fr. 3. §. 8. 10. eod.

29 ten Bestimmungen gegenüber drängt sich die Frage auf, ob etwa auch bei dem utile negotium dieselben, oder wenigstens auf gleichen Grundlagen ruhende Sätze vom utiliter coeptum negotium zur Anwendung kommen können. — Es ist nun wohl ohne weitere Entwickelung einleuchtend, daß auch für das utile negotium die allgemeine Voraussetzung gelten muß, daß dasselbe eine vollendete Thatsache sein müsse, um ein Rechtsverhältniß gegen den Dominus hervorrufen zu können. Nur ist die Frage, die die eigentliche Schwierigkeit enthält, was bei dem uns bekannten Begriff von utile im engsten Sinn wir als vollendete Thatsache zu betrachten haben. Utilitas heißt Bereichertsein des Dominus; ist es nun genügend, daß er überhaupt einmal durch das Negotium bereichert worden war, so daß also ein späterer casueller Untergang des Vermögensstückes ebenso wie beim necessarium negotium nichts schadet, — oder ist es nöthig, daß das Vermögen, gegen das man aus dem Grunde der utilitas auftritt, noch jetzt als ein vergrößertes dastehe?

Blicken wir noch einmal zu den Impensen zurück, für die wir oben diese Frage noch aufgeschoben haben. Es wurde im §. 14. Note 2. bereits eine Stelle citirt, die von der eben aufgeworfenen Alternative entschieden das Erstere zu adoptiren scheint [1]), indem sie gleichmäßig für die necessariae und *utiles*

1) Fr. 38. (zusammenhängend mit Fr. 36. §. 5.) de her. pet. (Paul.). — Plane in *ceteris* (s. oben §. 5. Note 11.) *necessariis et utilibus* impensis posse separari (sc. Sabino placuit), ut bonae fidei quidem possessores has quoque imputent, praedo autem de se queri debeat, qui sciens in rem alienam impendit. Sed benignius est, in hujus quoque persona haberi rationem impensarum; non enim debet petitor ex aliena jactura lucrum facere. Et id ipsum officio judicis continebitur; nam nec exceptio doli desideratur. Plane *potest* in eo differentia esse, *ut bonae fidei quidem possessor omnimodo impensas deducat licet res non exstet in quam fecit,* sicut tutor vel curator consequuntur; *praedo autem non aliter, quam si res melior sit.*

impensae wenigstens dem bonae fidei possessor einen Anspruch gewährt.

Ich muß mich indessen nichtsdestoweniger ebenso entschieden auf die andere Seite jener Alternative stellen, indem wo es sich um Consequenzen aus dem naturali ratione Gegebenen handelt, der Widerspruch eines Römischen Juristen an und für sich nicht in Betracht kommen kann. In der Stelle wird für die her. pet. zunächst eine Ansicht des Sabinus referirt, wonach dem praedo als eine besondere Strafe für seine mala fides aller Anspruch auch sogar wegen der necessariae impensae zu entziehen wäre. Diese Ansicht wird von Paulus mit Berufung auf das allgemeine Princip, aus dem sich die Ersatzpflicht der Impensen erklärt (§. 12. Note 2.), verworfen und man muß sagen aus richtiger Erkennung der Sache verworfen, indem bei Verwendungen, die sich auf den objectiven Grund der necessitas und utilitas stützen, das Wissen, daß die Sache eine fremde sei, unmöglich ein Grund zur Strafe werden darf, da ja dies Wissen, noch verstärkt zur contemplatio domini, nicht allein nichts Unerlaubtes, sondern umgekehrt eine noch vollständigere Obligation zur Folge hat. Es wirft uns dieser Punkt ein sehr deutliches Licht auf eine oben unerledigt gebliebene andere Frage. Die Ansicht des Sabinus in Betreff der her. pet. ist bei der rei vindicatio wenigstens für die utiles impensae in der Compilation angenommen, und dafür einleuchtender Weise ebenso wenig innerlich begründet (§. 9. Note 7.). Wir haben hier also im Römischen Recht eine positive Satzung, die aus dem naturalen Wesen der Impensen sich nicht erklärt, und jedenfalls nur für das besondere Verhältniß des vindicirenden Eigenthümers dem bonae und malae fidei possessor gegenüber gilt[2]),

2) Übrigens ist der Satz nicht einmal sauber im Römischen Rechte durchgeführt, denn in l. 1. C. de infant. expos. wird bei der Vindication eines Sclaven jedem Besitzer außer dem Diebe die Anrechnung nicht bloß

„ und etwa auch darin (was ich indeß bezweifeln mögte) seine Rechtfertigung finden mag.

Für die her. pet. fügt nun Paulus, nach der Verwerfung der Sabinischen Ansicht, den ganz richtigen Satz hinzu, daß man hier immer dem arbitrium judicis viel überlassen müsse, und daran knüpft er mit den Worten: *potest* in eo differentia esse, indem er sich der Ansicht des Sabinus wieder nähert, die Bemerkung, daß bei diesem richterlichen arbitrium noch immer der Unterschied der bona und mala fides wieder hervorgezogen werden könne, je nachdem die Sache noch vorhanden sei oder nicht. Es ist nun einleuchtender Weise dies noch in anderen Stellen weitergeführte Princip wieder ein ganz besonderes für das Gebiet der her. petitio. Und zwar kann man sagen, daß diese Durchschlagsrechnung, dem bonae fidei possessor alle sogar die voluptariae impensae, dem praedo die noch jetzt bereichernden zuzugestehen, eine für die eigenthümliche Stellung des Erbschaftsbesitzers ganz zweckmäßige ist. Aber mit dem naturalen Inhalt der Impensen hat sie gar nichts zu thun. Dieser letztere führt, wie dies bei der allen übrigen Klagen entgegenzusetzenden exceptio doli (§. 14. Note 2.) und nun auch bei der actio de in rem verso hervortritt, (§. 28.), bei den necessariae zur vollen Ersatzpflicht ohne alle Rücksicht auf das Wissen, daß die Sache eine aliena sei, und auf den Umstand, ob die Ver-

---

der Ernährungskosten (necessarium) sondern auch des ad docendum artificium Ausgegebenen (utile) zugestanden (nicht richtig Puchta Pand. §. 171.). — Mit der den malae fidei possessor sonach durch besondere Satzung bei der rei vindicatio treffenden Richtersetzung der utiles impensae ist etwas Anderes nicht zu verwechseln. Der Besitzer eines Grundstücks, jam alienum certus, wird, wenn er ein Gebäude darauf baut, meistens etwas gethan haben, das, wenn es auch das Grundstück im Allgemeinen werthvoller macht, den concreten Verhältnissen des dominus nicht entspricht, wovon man also nicht sagen kann: dominum eadem facturum fuisse. Hier kann es schon aus anderen Gründen zum reellen jus tollendi kommen.

wendung noch vorhanden sei. Bei den utiles aber enthalten die 29 richtigen in ihrer naturalen Gestalt liegenden Momente für die Frage, ob die Bereicherung noch jetzt vorhanden sein müsse, wiederum gar keine Hinweisung auf die Unterscheidung der bona oder mala fides.

Diese richtigen Momente nun sind für die Impensen ganz dieselben wie für die actio de in rem verso, nur müssen wir bei der Letzteren den Fall, für den sie in Wahrheit zur Anwendung kommen, noch erst schärfer hinstellen. Wenn der Hausunterthänige das bereichernde Vermögensstück verthut (conturbaverat), so hat der Dritte, der ja curiosus esse debet quo vertatur, gegen den Dominus, der hier gar nicht bereichert worden ist, keine Klage [3]). Dasselbe wird nun auch anzunehmen sein, wenn die Sache, ehe sie in das Vermögen des Herrn gelangte, ohne culpa des Hausunterthänigen, während sie sich noch in seinem Peculium befand, untergegangen ist. In diesen Fällen liegt von vorn herein noch gar kein Bereichertsein des Dominus vor. Wir nehmen also bei der actio de in rem verso ein wahres Hineinkommen in das väterliche Vermögen nach den gewöhnlichen Rechtsregeln, und dem parallel bei den Impensen ein den Werth der Hauptsache wirklich erhöhendes Factum an.

In Betreff der Impensen ist indessen eine große Zahl von Fällen wieder auszuscheiden, indem wenn die bereichernde Verwendung casu wegfällt, vielfach auch die Hauptsache mit untergeht, und jedenfalls wo dies der Fall ist die Verwendung nicht mehr durch *exceptio doli* geltend gemacht werden kann [4]). Für die Impensen gilt also unsere Frage nur, wenn trotz des casus die Klage auf die Hauptsache noch besteht oder wenn die Impen-

3) Fr. 3. §. 9. Fr. 16. de in rem verso.

4) Fr. 18. §. 4. Commod.

29 sen klagweise aus dem Rechtsverhältniß geltend gemacht werden können.

In diesen Fällen der Impensen und dann überhaupt bei der actio de in rem verso ist nun aber meiner Meinung nach ein späterer casueller Untergang des bereichernden Gegenstandes, — wenn er nicht etwa anderweitig durch eine neu ins Vermögen gekommene Sache repräsentirt wird, und wenn er (nach den Regeln über das genus) überhaupt casu perire potest, — ein den Anspruch wegen des utile negotium nothwendig absorbirender Umstand. Es ist oben entwickelt worden, wie fein die Römer den Gedanken durchzuführen verstanden haben, daß das aus der utilitas hervorgehende Recht nur ein ideelles jus tollendi ist, das sich je nach den Umständen auch in ein reelles verwandeln kann. Darin aber liegt der volle Beweis für unsere Frage. Wenn man wegnehmen will, um was man den Anderen reicher gemacht, so muß auch das Wegzunehmende noch vorhanden sein. Das utile negotium im engeren Sinn ist also eine vollendete Thatsache nicht schon, wenn es nur utiliter coeptum war, wenn der Dominus im Anfang dadurch reicher wurde, sondern wenn jetzt in der Gegenwart dies Reichersein noch vorliegt. Dies haben wir wegen seiner Folgerichtigkeit (abgesehen von jenen Singularitäten bei der rei vindicatio und hereditatis petitio) auch als Römisches Recht zur Anwendung zu bringen.

30 §. 30. Nachdem ich die Frage vom utiliter coeptum negotium nach den Richtungen der necessitas wie der utilitas hin geprüft habe, beschließe ich die ganze Lehre von der actio de in rem verso mit einem Punkte, der jedenfalls bei beiden Klassen zur Geltung gelangt. Es ist ein Punkt, der uns unmittelbar zu der negotiorum gestio hinüberführt.

Es wird sich nachher aus der Parallele der negotiorum gestio mit unserer Klage genauer zeigen, ist übrigens auch ein ganz bekannter Satz, daß bei der actio de in rem verso in der

Person des Hausunterthänigen alle Erfordernisse vorausgesetzt 30
werden, die ihm, wenn nicht das Band der Hausgewalt ein Hinderniß wäre, wegen des geführten Geschäfts eine actio mandati oder negotiorum gestorum contraria gegen den dominus negotii geben würden [1]). Obgleich nun also wegen der Hausgewalt ein wahres Rechtsverhältniß zwischen Paterfamilias und Hausunterthänigem nicht besteht, so ist es doch das negotium des Hausunterthänigen, wodurch allein eine Herüberziehung der Klage des Gläubigers auf die Person des Hausherrn möglich wird, und das negotium muß natürlich auch bei der subjectiven Stellung des Hausunterthänigen zum Hausherrn für den Letzteren immer den Charakter der necessitas oder utilitas behalten.

Ebenso wie nun schon im §. 23. sich ergeben hat, daß ein *utile* negotium dann nicht statt findet, wenn für die in das Vermögen des Hausherrn gelangte Sache ein anderes Object wieder aus demselben hinausgeht, so muß auch für das necessarium wie das utile negotium der Grund der Haftung des Paterfamilias wegfallen, wenn subjectiv zwischen ihm und dem Hausunterthänigen ein Verhältniß besteht, wonach die aus der in rem versio für den Hausherrn an sich hervorgehende Verpflichtung durch eine von seiner Seite bestehende Berechtigung gedeckt wird.

Es darf hiernach nicht allein zur Zeit der Vornahme des Negotium keine Schuld des Hausunterthänigen gegen den Paterfamilias bestehen, die dem Betrage des Negotium gleichkommt [2]), sondern es muß auch in der Folgezeit ein solches Verhältniß zwischen beiden Personen bestehen bleiben, daß nicht durch eine

1) s. das im §. 20. abgedruckte Fr. 3. §. 2. de in rem verso.

2) Fr. 10. §. 7. de in rem vers. — (Vorher ist sowohl vom utile als necessarium negotium die Rede gewesen) Et ideo, sive debitor fuit domino, quum in rem verteret, nihil videri versum, etc.

30 später entstehende Forderung[3]) oder durch den unmittelbaren Übergang von Vermögensstücken (also Zahlung)[4]) der Betrag des geführten Negotium ausgeglichen wird.

Während mithin nach der einen Seite es nur nöthig ist, daß das negotium utiliter *coeptum* sei, so begegnen wir nun in anderer Hinsicht der Nothwendigkeit: ut *duret* versum.

3) Fr. 10. §. 7. cit. — sive postea debitor esse domino coeperit, desinere versum. Auch eine noch wiederum später von Neuem entstehende Forderung des Sclaven hat nicht etwa die Kraft, die vorhergehende Schuld zu decken, und somit also die frühere in rem versio wieder aufleben zu lassen. Fr. 10. §. 8. und 9. eod.

4) Fr. 10. §. 7. cit. — idemque et si solverit ei. Geschieht diese Zahlung aber, um den Gläubiger um sein Geld zu bringen (in necem creditoris), so wird dadurch die Frage von der in rem versio nicht verändert, wohl aber die actio de dolo malo gegen den Vater gegeben. Fr. 10. §. 6. eod.

IV.

Die negotiorum gestio.

§. 31. An die beiden Institute, in denen ich die Entfaltung 31
des necessarium, utile und voluptarium negotium bisher nachgewiesen habe, reiht sich in natürlicher Stufenfolge das dritte, wichtigste. — Die factischen Elemente, auf denen sich das Verhältniß der negotiorum gestio aufbaut, unterscheiden sich von den vorhergehenden beiden folgendermaßen. Die Stelle, welche bei den Impensen eine Sache oder ein Sachencompler, bei der actio de in rem verso ein contrahirender hausunterthäniger Mensch einnimmt, wird bei der negotiorum gestio von einer *libera persona* ausgefüllt, die deßhalb dem dominus negotii mit der Möglichkeit der selbständigen Berechtigung und Verpflichtung gegenübertritt. Die Stellung des Dominus erleidet an und für sich keine Veränderung, als soweit dies durch die Umgestaltung der übrigen Elemente hervorgerufen wird. Wir können ihn uns einstweilen als den vorstellen, für welchen das negotium vorgenommen wird, und auf den sich das negotium, jedenfalls nicht auf der juristischen Basis seiner Anordnung (Mandat), sondern auf dem Grunde des objectiven Eingreifens in seine Vermögensangelegenheiten zurückbezieht. Dies Eingreifen des Gestor kann nun aber verschieden sein, indem es entweder, wie bei Impensen und der actio de in rem verso, unmittelbar eine dem Dominus zugehörige Sache betrifft, oder

31 ein sogleich auf die Person des Dominus zurückschlagendes Vermögensgeschäft enthält, wie wir das Letztere allerdings nicht rein bei den Impensen, wohl aber schon vollständig bei der actio de in rem verso sich gestalten sahen. Aus diesen beiden verschiedenen Möglichkeiten ergiebt sich denn auch, inwieweit bei der negotiorum gestio, außer den beiden wesentlichen Personen des Dominus und des Gestor, noch das dritte Subject eines Gläubigers vorkommen kann. Die Handlung des Gestor betrifft denkbarer Weise nur eine Sache des Dominus, und das ganze Rechtsverhältniß beschränkt sich alsdann lediglich auf diese beiden Personen. Es kann die Handlung des Gestor aber auch ein Rechtsgeschäft mit einer dritten Person sein, dessen Wirkungen auf die Sache oder Person des Dominus zurückschlagen sollen [1]). In diesem letzteren Falle gewinnen wir dann also ein Subject, welches vielleicht einen Anspruch gegen den Dominus erhält, und ganz an derselben Stelle steht, auf der wir bei den Impensen den Verwendenden, bei der actio de in rem verso den Gläubiger getroffen haben.

Es möge nun gleich hier vorausbemerkt werden, daß es rathsam ist, die Frage, inwieweit diesem Dritten in Folge der negotiorum gestio eine Klage zusteht, aus dem Gebiete dieser Schrift ganz auszuscheiden. Es kommen dabei eine Reihe anderer fremdartiger Gesichtspunkte in Betracht, die in den Kreis unserer Untersuchungen nur störend eingreifen würden, und andererseits läßt sich das, was ich in dieser Abhandlung nachzuweisen beabsichtige, auch ganz ohne jene Frage zu berühren erreichen. Ich beschränke mich also auf das Verhältniß, welches in Gemäßheit des geführten Negotium zwischen Gestor und Dominus entsteht, und zwar insbesondere noch wieder

1) Fr. 2. de neg. gest. — Si quis absentis negotia gesserit licet ignorantis, tamen quidquid utiliter *in rem ejus impenderit*, *vel etiam ipse se in rem absentis alicui obligaverit*, habet eo nomine actionem.

vorzugsweise auf die Rechte des Ersteren d. h. die actio nego- 31
tiorum gestorum contraria.

§. 32. Wir haben schon den Ausspruch eines Römischen 32
Juristen kennen lernen (§. 30.), wonach bei der actio de in rem verso zwischen dem Dominus und Hausunterthänigen alle Voraussetzungen vorhanden sind, welche eine actio mandati oder negotiorum gestorum erzeugen würden, wenn nicht der einzige Umstand des Vorhandenseins der Hausgewalt als Hinderniß entgegenstände. Dies also ist der Grund, daß wir uns dort nur Eine Klage, nämlich die des Gläubigers, denken konnten; nehmen wir nun aber dies Hinderniß hinweg, so erhebt sich von selbst neben der Klage des Dritten die des Gestor, ja es bildet sich auch der Fall, daß die des Ersteren ganz fehlen und die des Letzteren allein bestehen kann. In der Klage des Gestor haben wir den vollen Umfang des ganzen Verhältnisses in der Hand, von ihr aus müssen wir die verschiedenen Elemente desselben nunmehr dogmatisch analysiren. Indem wir von dem Standpunkte des dritten Gläubigers, auf dem wir bei der act. de in rem verso standen, auf den des Gestor hinüberspringen, verändern wir eben nur den äußeren Standpunkt der Betrachtung, wie dies durch die Veränderung der factischen Voraussetzungen nöthig wird. Aber die materielle Substanz unserer Lehre muß hier nothwendig ganz dieselbe bleiben, wie bei den vorigen Instituten. Dieselbe Baumart, an verschiedenen Stellen gepflanzt, wird freilich verschiedene äußere Gestaltungen annehmen, und doch erkennen wir noch immer die Identität des Genus. Haben wir daher schon in den vorher untersuchten Instituten die Principien kennen lernen, wie man durch ein necessarium, utile und voluptarium negotium den dominus negotii verbindlich machen könne, so folgt nothwendig, daß auch bei der negotiorum gestio diese Principien, wenn auch ihr Wuchs vielleicht manches Verschiedene darbietet, doch in sich selbst, gleichsam

32 in ihrer Substanz, ohne alle Veränderung sein müssen. Und so ist denn schon aus der bloßen Zusammenhaltung der negotiorum gestio mit der Impensenlehre und der actio de in rem verso der Beweis geführt, daß die act. neg. gest. contraria, (wo sie nicht durch entgegenstehende positive Rechtssatzung, mögen wir uns letztere als eine unzweckmäßige oder auf besonderen Gründen ruhende denken, anders gestaltet wird) jure naturali in drei verschiedene Klassen mit den im Voraufgehenden bereits nach den verschiedensten Seiten hin entwickelten Begriffen und Folgerungen zerfallen muß.

Dieser Beweis aber läßt sich noch weit genauer ins Einzelne verfolgen, und es ist nöthig, dies sogleich zu unternehmen.

Unter den Impensen kommen, wie wir gesehen haben, auch diejenigen Ausgaben vor, welche Jemand zur Ausführung eines ihm aufgetragenen Geschäftes gemacht hat, ohne daß sie schon in dem Auftrag selbst angeordnet gewesen wären. Sie enthalten also Alles, was ein procurator bei Erfüllung seines Mandats thun darf, ohne doch zu dem Einzelnen, was er thut, einen Auftrag erhalten zu haben. Dies richtet sich einfach nach den oben entwickelten Regeln von den necessariae, utiles und voluptariae impensae. Es kann also gar nicht zweifelhaft sein, daß wenn der Dominus den Gestor aus der nicht aufgetragenen Geschäftsführung belangen darf, der Gestor seinerseits mittelst der doli exceptio, wodurch die Impensen geltend gemacht werden, Alles das zur Anrechnung bringen kann, worauf er freilich keinen Auftrag erhalten hatte, das aber aus objectiven Gründen in eine dem Mandate ganz gleichartige Stellung gebracht wird, indem es sich nach den Grundsätzen der necessitas, utilitas und voluptas rechtfertigen läßt. Lassen wir aber diese *exceptio doli* zu, so müssen wir auch in Fällen, wo gar kein Mandat vorliegt, an das sich dann die ungerufene Geschäftsführung angeschlossen hätte, sondern wo selbständig die nego-

tiorum gestio begonnen ist, eine rechtliche Anerkennung dieses 32
Verhältnisses für eine dringende Nothwendigkeit erklären, sobald wir nicht eine unerträgliche Lücke im Recht haben wollen. Alsdann aber, wenn wirklich diese Lücke ausgefüllt sein soll, muß es, — sobald nur in ähnlicher Weise wie bei der actio de in rem verso gewisse (bei der Impensenlehre nicht denkbare) subjective Erforderniſſe erfüllt sind, um sagen zu können, daß quasi cum ipso domino contractum videatur, — natürlicher Weise nicht bloß eine *exceptio* sondern auch eine *actio negotiorum gestorum* geben. Besteht also auch für das Gebiet dieser actio in Betreff der subjectiven Erforderniſſe ein Unterschied, so ist es doch einleuchtend, daß die objectiven Erfordernisse durchaus keine anderen sein können, als die jener exceptio doli, und das sind eben die des necessarium, utile und voluptarium negotium. Wird mithin die Klage vom positiven Rechte überhaupt zugelassen, so ist ihr objectiver Inhalt und ihre Zertheilung in jene drei Klassen von vorn herein gegeben [1]).

§. 33. Nachdem in den voraufgehenden §§. im Allgemeinen die Stellung der negotiorum gestio zu den beiden früher dargestellten Lehren angegeben wurde, ist es nöthig, genauer dem Wesen unseres Institutes nachzuforschen. Ich will dies in gleichartigem Gange thun, wie ich die Impensenlehre und die actio de in rem verso dargestellt habe. Es sollen zuerst die factischen Erfordernisse, die das Rechtsverhältniß voraussetzt, und sodann der weitere Inhalt des Rechtsverhält- 33

1) Den im Text hervorgehobenen Gedankengang haben wir schon oben in der Stelle von Afrikan (§. 28. Note 3.), verb.: nam et si procurator etc. hervortreten sehen. Von der *exceptio negotiorum gestorum*, deren Abweisung post examinationem auch für die actio contraria res judicata begründet, und die von der anderen Seite, wenn sie fundirt aber noch nicht ihrem Umfange nach ermittelt worden ist, zunächst nur eine Cautionsleistung des Klägers hervorrufen kann, reden Fr. 8. §. 2. Fr. 31. §. 3. de neg. gest. Fr. 3. de tutelae act.

33 nisses untersucht werden. Manche Punkte werde ich dabei nur kurz berühren, indem es nicht meine Absicht ist, die negotiorum gestio nach allen Seiten hin in einer weitläuftigen Entwicklung darzulegen.

Zu diesen mehr bei Seite gestellten Punkten gehört zunächst, wie schon bemerkt, das ganze Gebiet der actio negotiorum gestorum directa. In dem Digestentitel de negotiis gestis wird sie in so mannigfachen Anwendungsfällen besprochen, daß man dem gegenüber die meisten neueren Darstellungen derselben gar zu dürftig nennen mögte. Jedenfalls ist soviel unzweifelhaft, daß ihre Voraussetzungen weit einfachere sind, als die von der anderen Seite, um dem Gestor eine Klage zu gewähren, erforderlichen. Es wird genügen, dies hier so zu bezeichnen, daß jedes Geschäft, das objectiv in den Vermögenskreis eines Anderen eingreift (alienum negotium), geeignet ist, die actio directa hervorzurufen [1]).

Die Voraussetzungen dagegen der contraria actio sind strenger, sie gestalten sich, ganz gleichartig wie bei der actio de in rem verso, zu subjectiven und objectiven Erfordernissen. Die objectiven, welche uns darauf führen, in dem alienum negotium noch genauer in Gemäßheit des von der naturalis ratio an die Hand Gegebenen das necessarium, utile und voluptarium negotium zu unterscheiden, bilden für uns die Hauptfrage. Die subjectiven mögen jetzt voran besprochen werden. Was wir darunter zusammenzustellen haben, enthält (ebenso wie die gleich-

1) Nur eine besondere Bemerkung sei mir noch erlaubt. Der Gestor muß bekanntlich von dem Gelde, das er aus der Geschäftsführung in Händen hat, Zinsen zahlen, nach Abzug der nothwendigen Verwaltungskosten nicht bloß von den Zinsen sondern (so daß sie auch die Zinsen übersteigen können, vgl. auch Fr. 37. de her. pet.) gleich vom Capital. Dies ist offenbar nur ein einzelner Ausfluß des im §. 5. besprochenen naturalen Princips. Fr. 31. §. 3. de neg. gest.

artigen oben entwickelten subjectiven Erfordernisse der act. de 33
in rem verso) keineswegs eigene fundamentale Sätze der naturalis ratio. Wir haben es hier vielmehr nur mit Folgesätzen aus gewissen höher liegenden Fundamentalsätzen zu thun, und auch diese Fundamentalsätze gehören keineswegs alle der naturalis ratio an. Eine Zurückführung dieser Folgesätze auf ihre Fundamente würde durchaus nicht hiehergehören. —

Um einen klagbaren obligatorischen Anspruch des Gestor denkbar zu machen, muß bei den betheiligten Subjecten eine Willensrichtung vorhanden sein, die dem Bestehen des Rechtsverhältnisses zwischen ihnen eine Basis giebt, welche in gewisser Weise ein Surrogat des hier nicht vorliegenden Vertrages bildet.

1. In der Person des Gestors bedarf es der contemplatio domini, d. h. der bestimmten Willensrichtung des Gestors [2]), daß er das Geschäft für einen Anderen, über dessen Person er sich übrigens irren kann, führe. Auf die Einzelheiten, welche bei diesem Punkte als zweifelhafte und bedenkliche in Betracht kommen, will ich, da sie für den weiteren Gang unserer Untersuchung nicht von Einfluß sind, hier nicht eingehen [3]).

---

2) Bei dieser Willensrichtung ist es gar nicht nöthig, daß der Gestor das Geschäft selbst äußerlich ausführe, sondern er kann sich in Betreff desselben wieder einen Stellvertreter ernennen. Fr. 21. §. 3. Fr. 28. pr. de neg. gest.

3) Vgl. Fr. 6. §. 1. 3. 6., ferner Fr. 5. §. 1. de negot. gestis. — Die contemplatio domini ist, um den Ersatzanspruch wegen der Impensen zu gewinnen, nicht erforderlich (s. §. 6. Note 4.). Bei der actio de in rem verso haben wir sie bereits vollständig kennen lernen (s. §. 19. Note 1.) und danach muß sie, wie bei dem gerirenden Hausunterthänigen, so auch bei der libera persona, die eine negotiorum gestio unternimmt, eine Nothwendigkeit sein. Nur finden sich, während dies im Allgemeinen allem Zweifel entzogen ist, dabei Schwierigkeiten, namentlich in Betreff der Frage, ob man, bei der Führung fremder Geschäfte als seiner eigenen, lediglich eine Geltendmachung derselben als Impensen durch doli exceptio (Fr. 14.

33 2. In der Person des Dominus muß dasselbe vorliegen, was auch schon bei der actio de in rem verso als nothwendig nachgewiesen worden ist (s. §. 19. am Ende). Es darf, wie es die Römischen Quellen auch mit denselben Ausdrücken, die wir schon haben kennen lernen, bezeichnen, — der Gegenstand, worauf sich das negotium bezieht, dem Dominus nicht *inutilis* sein, es darf ferner nicht eine Prohibition von Seiten desselben statt gefunden haben, und es muß endlich das Geschäft, gleichviel was übrigens sein Inhalt sei, unter Berücksichtigung nicht bloß der allgemeinen sondern auch der concreten Verhältnisse des dominus begonnen und fortgeführt werden, so daß man, auch wenn seine voluntas nicht vorliegt, in probabler Weise muß sagen können: dominum eadem facturum fuisse (§. 21. Note 2. und 3.). Ist diesem Allen Genüge geleistet, so liegt eine Geschäftsführung vor, welche man in der That (ebenso wie bei der actio de in rem verso §. 19. Note 4.) als einen freilich nicht wirklich aber doch gleichsam abgeschlossenen „*contractus*" bezeichnen kann[4]).

§. 1. Fr. 29. pr. commun. div.) zulassen könne, oder ob auch und unter welchen Voraussetzungen damit eine actio negotiorum gestorum concurrire (Fr. ult. de neg. gest. Fr. 50. §. 1. de her. pet.; s. oben §. 10.).

4) „Quid enim, si eam insulam fulsit, quam dominus quasi impar sumtui *dereliquerit*, vel quam sibi necessariam non *putavit*." Fr. 10. §. 1. de neg. gest. L. 10. C. de negot. gest. — Fr. 8. §. 3. u. L. 24. C. eod. — Fr. 16. eod. „contractus." — L. 2. C. eod. — „si negotia eorum, urgentibus *necessitatis* rationibus, *utiliter* gerantur." Die utilitas im weitest denkbaren Sinn (d. h. das Geriren z. B. necessitatis oder utilitatis [im eng. S.] ratione in Betreff eines Gegenstandes, der dem dominus utilis ist) muß überhaupt nach den Verhältnissen des Dominus eine reell, nicht bloß in der Meinung des Gestors vorhandene sein. Dieser allgemeine Satz (vgl. seine Anwendung bei den Impensen §. 13., bei der actio de in rem verso §. 21. Note 1. §. 19. Note 2.) wird für die act. neg. gestor. *contraria* (s. übrigens Fr. 3. §. 10. de neg. gest.) ausgesprochen im Fr. 10. §. 1. eod. — Ego quaero: si putavit se utiliter facere

3. Sobald wir einen mit dem Gestor contrahirenden 33
Dritten annehmen, so wird auch bei ihm ein subjectives Moment, parallel dem oben (§. 19.) bei der actio de in rem verso Gesagten, nicht fehlen können; wie dies aber gestaltet sein müsse, wollen wir mit der ganzen Frage von der Stellung des Dritten hier übergehen. Nur deßhalb mußte dieser Punkt nochmals erwähnt werden, um bemerklich zu machen, wie der animus dieses Dritten nothwendig eine verschiedene Gestalt haben muß von dem animus negotia gerendi, welchen der Gestor unter der bestimmten contemplatio domini hat. Wäre das nicht der Fall, so müßte ja sonst auch diesem Dritten die actio negotiorum gestorum contraria zustehen. — Während nun im Allgemeinen es keinem Zweifel unterworfen ist, daß diese Klage nicht für ihn besteht, so kann auch von der anderen Seite nichts im Wege stehen, daß, wenn in besonderer Weise der animus dessen, der zunächst die Stellung eines Dritten einnimmt, den Charakter des animus negotia gerendi für den Dominus erhält, alsdann er aus seiner Stellung eines mit dem scheinbaren Gestor (sei dies nun eine libera persona oder was dann offenbar einerlei ist, ein Hausunterthäniger jenes Dominus) contrahirenden Dritten in den Platz eines Gestors selbst herüberrücken kann, in Folge dessen ihm dann natürlich auch die actio contraria gegeben werden muß [5]).

§. 34. Die objectiven Erfordernisse der actio contra- 34

---

sed patrifamilias non expediebat? dico: hunc non habiturum negotiorum gestorum actionem. — Von den concreten Verhältnissen des Dominus: Fr. 13. §. 1. de usuris.

5) Einen solchen Fall bespricht das Fr. 10. §. 5. de in rem verso. — Plane si contemplatione domini pecuniam dedi *non gerenti* servo negotia domini, *sed ipse gerens*, negotiorum gestorum actione potero etiam de usuris agere. In dieser Hinsicht bedarf es bisweilen in practischen Fällen des sorgfältigen Untersuchens, wer von zwei Personen, die für einen Anderen contrahiren, der nur scheinbare, und wer der wahre negotiorum gestor ist.

34 ria sind, wie jetzt durch ein Eingehen in die einzelnen Details der Lehre nachgewiesen werden muß, in den drei uns wohlbekannten Klassen des necessarium, utile und voluptarium negotium zusammengefaßt. Es sollen auch hier wieder die uns in den Quellen (im Titel de negotiis gestis und anderswo zerstreut) sich darbietenden Fälle unter jene drei Gesichtspunkte zusammengruppirt werden, um so endlich zu einer Gesammtanschauung der naturalis ratio der drei Klassen, welche gleichmäßig durch die drei in dieser Abhandlung aneinandergereihten Institute sich hindurchziehen, zu gelangen. Als eine Einleitung hiezu müssen ebenso wie bei der actio de in rem verso zunächst einige Aussprüche der Römischen Juristen in Betracht gezogen werden, welche wie jene im §. 20. mitgetheilten Stellen die Existenz der drei Klassen ganz deutlich vor Augen führen. Die Römischen Juristen waren, indem die actio negotiorum gestorum vom Prätor mit weiser Vorsicht nur in eben so allgemeinen Worten wie die actio de in rem verso aufgestellt worden war, auch hier ganz ungehindert, die Resultate ihres Naturstudiums in das Gefäß der Prätorischen Klage einzufüllen. Ihrer Weise gemäß geben sie sich, während ihre richtige Naturanschauung jener drei Klassen bei Besprechung der einzelnen Fälle sie nie verläßt, wenig damit ab, in einer allgemeinen theoretischen Exposition ihre Anschauung zu schildern[1]). Doch aber finden sich

1) In Paulus rec. sent. wird die Frage von den materiellen Voraussetzungen des negotium alienum, mit seiner Scheidung in die drei Klassen, in dem Titel de negotiis gestis (I. 4.) überall nicht erwähnt, wogegen sie dann umgekehrt allein im Titel de in rem verso (II. 9.) vorkommt, in welchem übrigens nur vom necessarium negotium und dessen verschiedenen Hauptgestaltungen (agrum puta colendo, domum fulciendo, mancipia vestiendo merchando, vel creditori solvendo, vel quid tale faciendo) die Rede ist, aber doch mit den Worten: *in solidum* obligat darauf hingedeutet wird, daß es noch andere Klassen der Klage giebt. — Es muß dahin gestellt bleiben, wieviel hiervon auf Rechnung der späteren Verstümmelung fällt.

einige in diesen Charakter einschlagende Stellen, und eben diese 34
bedürfen zunächst unserer Aufmerksamkeit. Gerade sie sind es, deren Sinn in neueren Zeiten, weil ein genaueres Verständniß jener drei Klassen fehlte, meist ganz außerordentlich mißverstanden ist.

Es möge im Voraus daran erinnert werden, daß man in der im Anfange des §. 23 besprochenen Weise durchaus berechtigt ist, das necessarium und utile negotium unter einem allgemeinen weiteren Begriff von utile zusammenzufassen und daß die Römer, indem sie dies öfter thun, damit eben nur das Zusammengehörige der beiden ersten Klassen, das wir ja in so vielen Punkten im Gegensatz zu dem voluptarium negotium haben kennen lernen, hervorheben wollen. Hiernach und mit Hinzuziehung unserer ganzen bisherigen Entwickelung, werden die folgenden Stellen einfach verständlich sein.

In Fr. 9. de neg. gest., einer vielbesprochenen Stelle, behandelt Scävola den Fall eines male gestum negotium d. h. eines Geschäftes, das ohne besondere voluntas des Dominus auf ihn nicht zurückfallen kann, m. a. W. einen Fall des voluptarium negotium (s. §. 9. und §. 20. „turpes sumtus"). Der Jurist hat zunächst die actio directa im Auge, und erwähnt eine Argumentation des Pomponius, wonach diese Klage, so weit man damit gerade die schlechte Geschäftsführung geltend machen könnte, als durch den Nichteintritt der voluntas (d. h. der Ratihabition des schlecht Ausgeführten) bedingt zu fassen ist, da die wirklich schon begründete Klage durch die einseitige Billigung der schlechten Geschäftsführung nach den Regeln des Verzichtes nicht als aufgehoben zu betrachten sein würde. Und über die Richtigkeit des Satzes des Pomponius kann man denn auch in der That nicht im Zweifel sein. Die Klage wegen schlechter Geschäftsführung hängt davon ab, daß der Dominus die Fehler der Führung nicht gebilligt hat, und es versteht sich nur von

34 selbst, daß in einem Fall (nämlich dem des dolus des Gestors), auch wenn die Billigung eingetreten war, die Klage dennoch begründet ist.

Zu diesen an sich ganz richtigen Sätzen des Pomponius fügt nun aber Scävola andere hinzu, ohne die jene jedenfalls unvollständig, ja sogar dem Mißverstand unterworfen sein würden. Ob Pomponius selbst sich hier geirrt hat, kann uns gleichgültig sein, jedenfalls sehen wir, wie Scävola dessen, gleichviel ob irrthümlich ob unüberlegt, zu eng gefaßten Sätzen die richtige Stelle anweist.

Was Pomponius sagt, so fährt Scävola fort, gilt natürlich von der actio directa nur, soweit man damit gerade die Fehler der Geschäftsführung geltend machen würde. Der übrige Inhalt der Klage, der Umkreis der nicht schlecht geführten Geschäfte, also auch die Herausgabe von Sachen, welche etwa der Gestor aus der Geschäftsführung in Händen hat, ferner von der anderen Seite die Geltendmachung der Verwendungen des Gestors durch exceptio negot. gestor. oder actio contraria — Alles dies kann selbstverständlicher Weise nicht von der Nichtbilligung der Fehler abhängen, und kann also, da es damit überhaupt gar nichts zu thun hat, auch noch nach geschehener Billigung der Fehler in der Geschäftsführung vor dem Richter stets (auch ohne daß der Gegner in dolus ist) zur Sprache gebracht werden.

> Imo puto, etsi comprobem, adhuc negotiorum gestorum actionem esse. Sed eo dictum, *te mihi non teneri,* quod reprobare non possim semel probatum;

d. h. mit dem obigen Satze des Pomponius, daß der Gestor nach der Ratihabition des Dominus nicht hafte (te mihi non teneri), kann nur gesagt sein sollen, daß er nicht mehr wegen der Fehler seiner Geschäftsführung hafte, oder m. a. W. daß

der Dominus die einmal ausgesprochene Billigung nicht wieder 34
zurücknehmen dürfe;

et quemadmodum, *quod utiliter gestum est*, necesse est apud judicem pro rato haberi, *ita omne quod ab ipso probatum est.*

Wir haben hier eine vollkommen deutliche Hinweisung auf die verschiedenen Klassen der negotiorum gestio. Ein male gestum negotium gehört zu den voluptaria, der Gestor hat an sich nur das jus tollendi, und die Approbation steht ganz in dem freien Belieben des Dominus. Hat er aber die Approbation einmal gegeben, so ist er natürlich, wie bei der dritten Klasse der Impensen und der actio de in rem verso, daran auch hinfort gebunden, d. h. er hat die wegen der Fehler der Geschäftsführung an sich denkbare actio directa nun nicht, und diese Klage steht ihm also nur zu, um das Resultat der anerkannten Geschäftsführung in seine Hand zu bringen, und von der anderen Seite verstehen sich nun auch die auf die Anerkennung des voluptarium negotium sich stützenden Gegenansprüche des Gestors wegen seiner Impensen von selbst. — So also wie beim voluptarium negotium der freie Wille es ist, der den Dominus fortan bindet[2]), so bildet bei sämmtlichen utilia negotia (im weiteren Sinn) der objective Grund, wie er in der necessitas und utilitas enthalten ist, die bindende Ursache, wonach der Dominus gezwungen werden kann (necesse est), mit dem negotium vor dem Richter sich einverstanden zu erklären.

Der Jurist spricht hier also ganz einfach den Satz aus, den ich oben schon bei den Impensen nachgewiesen habe, daß bei den utilia negotia im weiteren Sinn der objective Grund

2) S. auch Fr. 17. §. 3. Commodati. — — geritur enim negotium invicem, et ideo invicem propositae sunt actiones, ut appareat, quod principio beneficii ac nudae voluntatis fuerat, converti in mutuas praestationes actionesque civiles. vgl. oben §. 10. Nr. 1.

34 des Geschehenseins des negotium für den Ersatz-Anspruch des Gestors genügt, und es eines Hinzutretens der voluntas domini (abgesehen von Ausnahmen, die dem Juristen hier ganz fern lagen) nicht bedarf; während umgekehrt beim voluptarium negotium das objective Moment sehr viel mehr zurücktritt und ein volles Haften des Dominus sich nur auf den subjectiven Grund seiner voluntas stützen kann.

35 §. 35. Die weitere Bedeutung des utiliter gerere, wie wir sie in der eben erklärten Stelle antreffen, tritt uns auch in einer anderen entgegen, in der sie außerdem genau auf die zwei dadurch zusammengefaßten Begriffe zurückbezogen wird. Es findet sich dies in dem bekannten Fr. 10. §. 1. de negot. gest., in welchem der Jurist Ulpian die Frage von dem utiliter coeptum negotium behandelt, und dabei auch auf die vorher (§. 33. No. 2.) bereits besprochene Regel kommt, daß die Sache dem Dominus utilis sein müsse. In beiden Ausdrucksweisen ist ja das Wort utile in einem weiteren Sinne genommen. — Ulpian referirt eine Ausführung des Celsus:

> Quid enim, si eam insulam fulsit, quam dominus quasi impar sumtui dereliquerit, vel quam sibi necessariam non putavit? Oneravit, inquit, dominum secundum Labeonis sententiam, quum unicuique liceat et damni infecti nomine rem derelinquere. Sed istam sententiam Celsus eleganter deridet; is enim negotiorum gestorum, inquit, habet actionem, qui *utiliter* negotia gessit; *non autem utiliter negotia gerit, qui rem non necessariam, vel quae oneratura est patremfamilias*, aggreditur.

Zwei Punkte sind es, die hier unter das utiliter gerere zusammengestellt sind, und die Worte werden ganz verkannt, wenn man dem zweiten Punkt entweder nur eine unklare allgemeine Bedeutung oder gar denselben Sinn als dem ersten unterlegt. Es ist einleuchtend, daß mit dem onerare ein ganz schar-

ser Begriff angegeben ist. Onerare, belasten, und in Folge 35
dessen: ärmer machen ist der gerade Gegensatz von rem meliorem reddere, bereichern. Setzen wir uns also die negative Redeweise in die positive um, so sagt die Stelle: utiliter gerirt derjenige, der entweder eine res necessaria oder eine solche Angelegenheit angreift, die den Paterfamilias bereichert (quae fructuosiorem facit rem domini). Es sind hiermit also ganz zweifellos unsere beiden Klassen des negotium necessarium und utile (im engeren Sinne) bezeichnet [3]). —

Während in dieser Stelle der Jurist nur ein Interesse hat, die erste und zweite Klasse zu erwähnen, so möge zum Schluß noch das Fr. 46. de negot. gest. hervorgehoben werden, in dem wir die erste und dritte Klasse mit einander zusammengestellt finden. Unter den mannigfachen Gleichartigkeiten und Wechselbeziehungen, die neben großen Gegensätzen zwischen den drei Klassen bestehen, hat in unseren obigen Untersuchungen auch der Punkt bereits seine Stelle gefunden, daß das voluptarium negotium, wenn die voluntas domini hinzutritt, dem necessarium am gleichartigsten wird, indem in beiden Fällen stets die volle Verwendung, nicht bloß das Bereichertsein des Dominus, eingeklagt werden kann. Dies ist der Grund, der in Folge eines speciellen Falles den Juristen African veranlaßt, beide Punkte zusammenzustellen.

Mandasti filio meo, ut tibi fundum emeret: quod cum cognovissem, ipse eum tibi emi. Puto referre, qua mente emerim; nam si propterea, *quod tibi necessarium esse*

---

3) Man darf auch nicht glauben, daß am Ende der Stelle nur die beiden Punkte wiederholt würden, wovon im Anfange die Rede ist. Hier im Anfang war die Frage bloß nach der res utilis oder necessaria, auf die sich das negotium bezieht (§. 33. Note 4.), am Schluß dagegen wird in allgemeinerer Weise die utilitas und necessitas des negotium selbst besprochen, was denn freilich jenes Erstere auch mit umfaßt.

35 *scirem et te ejus voluntatis esse ut emtum habere velles,* agemus inter nos negotiorum gestorum, sicut ageremus, si aut nullum omnino mandatum intercessisset, aut Titio mandasses, et ego, quia per me commodius negotium possem conficere, emissem.

African stellt hier die necessitas und die voluntas domini copulativ zusammen, es bedarf aber wohl keiner weiteren Beweisführung, daß, wenn er sich auch nach dem vorliegenden Falle beide Gründe als vorhanden denkt, doch jeder von beiden schon für sich allein genügen würde[4]).

36 §. 36. Ich wende mich jetzt zu der Betrachtung der einzelnen dem Gebiete der einen oder anderen unserer drei Klassen zugehörigen Fälle. Es wird sich auf den ersten Blick aus jeder Einzelheit erkennen lassen, daß hier völlig derselbe Boden mit der Impensenlehre und der actio de in rem verso besteht.

A. Das necessarium negotium.

1. Das Unterstützen einer den Einsturz drohenden insula. Fr. 6. §. 11. h. t. (de neg. gest.) Fr. 10. §. eod. und überhaupt Verhinderung, daß ein Anderer seine Sache verliere. Fr. 1. h. t.

2. Refection der dem Usufructus unterliegenden Sache,

4) In einer anderen Stelle wird Beides alternativ neben einander gestellt: l. 7. §. 1. C. quod cum eo (Dioclet.) — Aliquando si cum libero, rem agente eius cuius precibus meministi, contractum habuisti et eius personam elegisti, pervides contra dominum nullam te habuisse actionem, *nisi vel in rem eius pecunia processit vel hunc contractum ratum habuit.* Die in rem versio ist in dem öfter vorkommenden engeren Sinn, als Inbegriff des necessarium und utile, genommen, die Ratihabition bezeichnet die dritte Klasse. — Die Stelle enthält außerdem die Eigenthümlichkeit, daß dem mit dem Gestor contrahirenden Dritten die Klage gegeben wird. Darauf habe ich hier nicht einzugehen.

soweit die Refection Pflicht des Usufructuars ist. Fr. 48. pr. 36
de usufr. (s. oben §. 6. Not. 4.).

3. Curiren eines kranken Sclaven. Fr 10. §. 1. h. t. L. 10. C. eod.

4. Necessario rem emere, z. B. Ankauf von Getreide oder Wein zur Ernährung der Sclaven. Fr. 22. h. t., und überhaupt Ernährung der familia eines Anderen. Fr. 34. h. t.

5. Wenn man Geld giebt, damit ein Sclave nicht getödtet werde. Fr. 6. §. 8. h. t.

6. Ernährung und Unterhalt eines freien Menschen, insbesondere eines Verwandten, zu dessen Alimentation man nicht juristisch verpflichtet ist. Fr. 34. L. 11. C. h. t. Ausgaben dagegen, die man pietatis respectu oder amicitia ductus für einen Verwandten — zu dessen Ernährung oder geistiger Ausbildung (Zahlung an die Lehrer) oder zu dessen persönlichem Schutze (suspecti accusatio seines Vormundes und daraus hervorgehende Proceßführung) — gemacht hat, gehören nicht dahin. Fr. 27. §. 1. Fr. 44. L. 1. 5. 13. 15. C. h. t. — vgl. §. 7. Nr. 11., — wohl aber gehören hieher Ausgaben, die man z. B. urgentibus *necessitatis* rationibus (also namentlich unter der Voraussetzung, daß nicht ein Anderer sie pietatis respectu gezahlt haben würde) für einen Pupillen machte, den man nach Rom zur Erbittung von Tutoren geführt hat. Wenn in l. 2. C. de neg. gest. für diesen Fall die Klage nur soweit gegeben wird, als der Pupill dadurch bereichert worden ist (d. h. hier soweit ihm wirklich etwas dadurch erspart worden ist), so ist dies eine aus der Stellung des Pupillen hervorgehende Eigenthümlichkeit.

7. Loskauf einer Person aus der Gefangenschaft. Fr. 21. pr. h. t.

8. Vertheidigung des Sclaven in noxali causa. Fr. 41. h. t.

9. Begrabung eines Todten für den, dem die Pflicht dazu obliegt. L. 13. C. h. t. Dieser Fall sondert sich übrigens

36 bekanntermaßen in Folge besonderer Gründe in der funeraria actio von der gewöhnlichen negotiorum gestio ab.

10. Bezahlung des Tributs für einen Anderen. L. 16. C. h. t.

11. Verhinderung, daß über Jemands Güter der Concurs eröffnet werde; also sowohl Verhinderung der rerum possessio als venditio. Fr. 1. Fr. 3. §. 9. h. t. Fr. 37. de usuris.

12. Verhinderung, daß Jemandem einzelne von ihm verpfändete Sachen verkauft werden. Fr. 1. h. t. Fr. 37. de usur.; oder überhaupt Liberirung des Pfandes. L. 3. C. h. t.

13. Verhinderung des Verfalls einer poena. Fr. 1. h. t. — s. oben §. 7. Nr. 13.

14. Leihen von Geld an den Procurator, damit dieser einen Gläubiger bezahle, oder ein Pfand befreie. Fr. 6. §. 1. h. t.

15. Bezahlung einer wirklich begründeten (Fr. 23. h. t. Fr. 32. §. 6. de adm. tut.) Schuld für einen Anderen. Fr. 43. 45. §. 2. L. 3. und besonders L. 12. C. h. t. [1]) — vgl. oben §. 22. Nr. 4.

16. Bezahlung einer Schuld und Lösung des Pfandes von

---

1) In der l. 12. C. de neg. gest. darf nicht mit den Basiliken, gegen alle Handschriften, am Ende der Stelle ein *non* eingeschoben werden. Der Gedankengang ist offenbar folgender: „Ein Sohn, der für seinen Vater eine Schuld bezahlt, hat, wenn er zur Zeit der Zahlung in dessen Gewalt war, oder wenn er als homo sui juris mit der Absicht zu schenken zahlte, keine Klage. Hat also Dein Vater, als er schon ein homo suis juris war, für seinen Vater eine Schuld nicht in der Absicht zu schenken, sondern animo negotia gerendi, wenn gleich ohne Mandat des Vaters bezahlt, so kannst Du die actio negotiorum gestorum anstellen." Es liegt sehr nahe, daß bei einem Übersehen der in der Stelle enthaltenen Argumentation man in Folge einer oberflächlichen Zusammenhaltung des ersten Satzes (der ausspricht, wann keine Klage stattfinde) mit dem zweiten (der durch das *igitur* als eine Folgerung aus dem ersten erscheint) — auf den Gedanken kam, daß auch in diesem zweiten Satze die Klage geläugnet sein müsse.

Seiten des Fidejussor, der nicht dafür sich verhaftet hatte. 36
Fr. 32. pr. h. t.

17. Leistung der cautio damni infecti für den Theil des Miteigenthümers. Fr. 40. h. t.

18. Verausgaben der necessarii und probabiles sumtus im Proceß für einen Litisconsorten. Fr. 31. §. 7. h. t.

19. Aufnahme eines vom Beklagten nach der Litiscontestation deserirten Processes. Fr. 31. §. 2. h. t.

20. Erfüllung des einem Anderen aufgetragenen Mandates, ne eo nomine teneretur, und liberandae fidei ejus causa. Fr. 46. pr. und §. 1. h. t.

§. 37. Die bunte Mannigfaltigkeit dieser von den Römi- 37
schen Juristen besprochenen, vielfach in einander übergreifenden Fälle setzt uns in den Stand, mit Hinzuziehung des oben bei den Impensen und der actio de in rem verso zusammengestellten Materials, das Wesen des necessarium negotium nach allen Seiten hin zu erkennen, und den Begriff desselben so abzuschließen, daß man leicht und ohne Bedenken im Stande sein wird, anders gestaltete Fälle des practischen Lebens danach zu beurtheilen.

Es genügt ein einziger Rückblick auf die früheren über das necessarium negotium gegebenen Nachweisungen, um zu sehen, daß ganz dieselben Principien, die wir in den obigen Instituten haben walten sehen, durchaus unverändert auch im Gebiete der negotiorum gestio zur Anwendung kommen. Vieles von dem oben genauer Entwickelten fordert deßhalb hier lediglich eine kurze Erwähnung, und erhält nur noch dadurch einen neuen Halt, daß wir es auch hier bei der negotiorum gestio zu positiver Anerkennung gelangt sehen.

Es versteht sich zunächst von selbst, daß das negotium, ebenso wie bei der actio de in rem verso, sich sowohl auf eine Sache, als auch unmittelbar auf die Person des Dominus be-

37 ziehen kann. Die Art nun aber, wie die necessitas begründet sein muß, werden wir, ebenfalls dem in den §§. 21. und 22. Gesagten gemäß, so zu bestimmen haben, daß die necessitas nicht bloß in der Meinung des Gerenten (necessitatis suspicione) sondern auch in der Wirklichkeit vorhanden sein muß [1]), ferner daß die necessitas sich nicht bloß aus einem allgemeinen abstracten Maaßstabe, sondern auch aus der vernünftigen Beurtheilung der concreten Verhältnisse des Dominus ergeben muß, so daß man von ihm sagen kann, daß er selbst, wenn er in der Lage gewesen wäre, zu handeln, eadem facturum fuisse. Und nur ein Ausfluß dieses in einem viel weiteren Umfange geltenden Satzes ist es, daß z. B. bei der Zahlung der Schuld eines Anderen in Fr. 43. h. t. hervorgehoben wird, es dürfe, wenn die actio contraria zulässig sein solle, nicht etwa der Debitor ein besonderes Interesse gehabt haben, daß jenes Geld nicht gezahlt werde [2]). Endlich muß denn auch für die negotiorum gestio im Allgemeinen (abgesehen von besonderen darüber hinaustreibenden Gründen) der Satz gelten, daß die Geschäftsführung, aus der man klagen will, bereits in sich eine vollendete Thatsache sei in dem Sinne, wie ich dies im §. 22 genauer entwickelt habe. —

Dies Alles vorausgesetzt finden wir nun in den einzelnen Beispielen des necessarium negotium ganz dieselben allgemeinen Gesichtspunkte wieder, die wir schon im §. 22. kennen lernten.

Eine ganze Reihe von Fällen ruht auf der Annahme einer rein natürlichen necessitas (Nr. 1 — 8), wie sie den Eigner von Sachen oder Sclaven treibt, diese seine Vermögensstücke vor Untergang oder Schaden zu bewahren, und wie sie ferner einen jeden freien Menschen zur Ernährung seiner selbst und

1) Für die Begründung der actio directa ist die Wirklichkeit der necessitas natürlich nicht nöthig. Fr. 3. §. 10. de negot. gest.

2) s. §. 22. a. E. — §. 33. Nr. 2.

zur Abschüttelung des Joches der Gefangenschaft anspornen 37
wird. Nicht bloß also die Bewahrung jener Vermögensstücke, sondern auch die Sustentation oder Freimachung der Person sind Geschäfte, die, von Seiten eines Gestors vorgenommen, sich insgesammt, da sie sich vollkommen in Gelde anschlagen lassen, zur Begründung eines Anspruches eignen. Wir werden ohne Bedenken die Zahl der Beispiele solcher natürlichen Verpflichtungen uns namentlich aus der in der Impensenlehre mitgetheilten größeren Menge von Fällen noch vervollständigen können (§. 7.), und im Übrigen wird es dem richterlichen Arbitrium nicht schwer fallen zu entscheiden, welche anderweiten Gestaltungen unseres Lebens er mit jenen Fällen auf gleiche Stufe zu stellen habe.

Die folgenden beiden Fälle (Nr. 9. und 10.) haben das Eigenthümliche, daß sie zunächst nicht privatrechtliche Verbindlichkeiten sind, sondern man in Folge des *öffentlichen* Interesses dazu verhaftet wird, wozu bei der Beerdigungspflicht noch eine gewisse moralische Verbindlichkeit dem Verstorbenen gegenüber hinzukommt (s. §. 7. Note 8. und 17.). Nichtsdestoweniger sind sie, da sie sich ganz auf einen bestimmten Vermögenswerth reduciren, vollkommen geeignet, um, mittelst Ausführung dieser Verpflichtungen durch einen Anderen, Gegenstand der negotiorum gestio zu werden. Sie stehen auch darin mit den folgenden Nummern 11. — 20. ganz gleichartig zusammen, daß man sie als wahrhaft *juristische* Verpflichtungen, als aes alienum, bezeichnen kann, während die Letzteren sich dadurch absondern, daß wir bei ihnen rein auf dem Gebiete des *Privatrechts* aufgewachsene Verbindlichkeiten vor uns haben.

Die große Zahl von juristischen Verbindlichkeiten einer Person, die wir hier, in Verbindung mit den durchaus gleichartigen Fällen bei den Impensen und der actio de in rem verso, vor uns haben, lassen nun aber meines Erachtens keinen Zwei-

37 fel an folgender allgemeinen daraus zu abstrahirenden Regel.

In allen Fällen, wo eine wirklich juristisch begründete und auf dem Wege Rechtens geltend zu machende Verpflichtung von einem Anderen an des eigentlich Verpflichteten Stelle ausgeführt wird, kann dies, aus dem Gesichtspunkte der necessitas heraus, zur Grundlage einer actio negotiorum gestorum contraria werden. Aber natürlich sind immer die vorher gemachten Voraussetzungen dabei festzuhalten. Es muß also namentlich der Fall immer so gestaltet sein, daß die Nichterfüllung der dem Dominus obliegenden necessitas demselben nach seinen Verhältnissen zum Schaden ausgeschlagen sein würde, so daß nur die Vornahme des Geschäfts durch einen Anderen diesen Schaden, das rem deteriorem fieri, verhindert hat. Die Zahlung des Geldes zur Tilgung der Schuld oder zur Lösung des Pfandes macht noch gar nicht, daß man die actio contraria gewinnt, ebensowenig wie das bloße Factum, das man dem Thiere oder Sclaven eines Anderen Speise giebt, oder die insula desselben stützt (s. §. 23. Note 2.). Es ist erforderlich, daß das Darreichen der Speise an die Sclaven oder Thiere dieselben vor dem Tode oder vor Krankheit bewahrte, oder daß das Unterlassen des Hergebens der Speise nach den concreten Verhältnissen die Folge gehabt haben würde, daß der Herr sich solche hätte anschaffen müssen [3]). So muß denn auch die Erfüllung einer juristischen Verpflichtung Schaden vom Dominus abwenden; also Bezahlung einer Naturalschuld, einer Obligation, der eine dilatorische Exception entgegenstand, wird sich sehr schwer als eine necessitas rechtfertigen lassen, von der anderen Seite ist

3) Wer z. B. sich ein Vergnügen daraus macht, dem Sclaven oder Thiere eines Anderen, abgesehen von den regelmäßigen Mahlzeiten, gar schöne Sachen zu essen oder zu trinken zu geben, thut nicht ein necessarium sondern voluptarium.

es aber auch durchaus nicht nöthig, daß der Schaden ein besonders bedeutender, etwa die ganze Vermögensexistenz und Solvenz des Dominus in Frage stellender gewesen sei. Ist der drohende Schaden klein, so müssen damit auch die Mittel seiner Abwendung in relativem Verhältniß stehen, was darüber in der Geschäftsführung hinausliegt, kann nur noch etwa nach den Begriffen des utile oder voluptarium negotium Rechtswirkungen äußern, jedenfalls ist es kein necessarium. 37

§. 38. Jener Begriff von Gefahren, die die ganze Ver- 38
mögensexistenz des Dominus erschüttern oder geradezu zu vernichten drohen, ist übrigens kein ganz unwichtiger. Er kommt als ein besonderer Unterbegriff des necessarium negotium in Betracht. Der Gestor hat im Allgemeinen, — nach bekannten Principien, die eine viel weitere Ausdehnung haben, — bei seiner Geschäftsführung, weil er sich absichtlich fremden Angelegenheiten unterzieht, levis culpa zu prästiren, und es kann gar keinem Zweifel unterliegen, daß diese Haftung für culpa auch gerade beim necessarium negotium statt findet [1]).

Lösen wir dies in andere Worte auf, so können wir sagen,

---

1) Über die Grundsätze, nach denen die culpa bei der neg. gestio zu prästiren ist, vergl. Fr. 6. §. 12. Fr. 11. 18. 19. §. 3. Fr. 21. §. 3. Fr. 31. §. 2. 3. Fr. 32. pr. Fr. 35. pr. Fr. 37. §. 1. Fr. 38. de negotiis gest. — Will man für den Satz, daß auch bei den *necessaria* negotia die levis culpa zu prästiren ist, außer dem was aus den Principien der culpa mit Nothwendigkeit folgt, ferner außer dem Grunde, daß die Römischen Juristen gar nicht so allgemein von der Haftung für culpa bei der negotiorum gestio reden könnten, wenn sie gerade bei der wichtigsten Klasse fehlte (s. noch besonders Paul. rec. sent. I. 4. §. 1.), — will man außerdem noch specielle Quellenbeweise, so findet man dieselben in Fr. 31. §. 2. und Fr. 32. pr. h. t., wo ausdrücklich von der Haftung für culpa die Rede ist bei Fällen, die offenbar in das Gebiet der necessaria negotia gehören, nämlich Proceßführung für einen Anderen (s. §. 36. Nr. 19.) und Lösung der Pfänder des Schuldners (§. 36. Nr. 16.).

38 der Gestor habe auch dann levis culpa zu prästiren, wenn das rem domini deteriorem non fieri darin bestand, daß er „sich einer Sache desselben annahm, die ohne dies sicher zu Grunde gegangen sein würde;" — denn ein Haupttheil des necessarium negotium ist eben die Bewahrung einer Sache vor dem sicheren Untergange (z. B. Stützen eines baufälligen Hauses, Bewahrung der Sclaven oder Thiere vor dem Tode durch Hunger oder Krankheit), und es liegt nicht der geringste innere Grund vor, weßhalb die Bewahrung einer Sache vor Verschlechterung dem Gestor einen höheren Grad von Diligenz sollte aufbürden können, als die Bewahrung vor der Vernichtung.

Wenn nun nichtsdestoweniger heutzutage wohl allgemein der Satz angenommen wird, daß im Fall der Bewahrung der Sache vor dem Untergang der Gestor nur für lata culpa und dolus zu haften habe[2]), so kann der Grund davon lediglich in dem allgemeinen Nichterkennen des Wesens vom necessarium negotium liegen. Der äußere Anlaß dagegen zu diesem Irrthum ist eine Stelle Ulpians gewesen, welche folgendermaßen lautet:

> Fr. 3. §. 9. de negot. gest. — *Interdum* in negotiorum gestorum actione Labeo scribit dolum solummodo versari; nam si *affectione coactus, ne bona mea distrahantur,* negotiis te meis obtuleris, aequissimum esse, dolum duntaxat te praestare. *Quae sententia habet aequitatem.*

Wie sollte wohl Ulpian das interdum rechtfertigen können, wenn in den wichtigsten und häufigsten Fällen des necessarium negotium, nämlich stets wenn eine Sache vor dem Untergange bewahrt wurde, man nur für lata culpa haftete? Wozu sollte wohl Ulpian auf das affectione coactus und auf die in Betracht kommende aequitas ein so offenbares Gewicht legen, wenn eben

2) S. z. B. Hesse Culpa §. 95. (2. Ausg. S. 371). Puchta Pandekten §. 328. Note h.

bloß die Rettung der Sache vom Untergange der juristische Grund 38
wäre, die levis culpa auszuschließen? — Die Stelle ist offenbar in einem viel engeren Sinn zu nehmen. Sie redet von der bonorum venditio, also dem Verfahren, welches, analog unserem Concurse, die ganze bürgerliche Stellung des Dominus wesentlich afficirt. Sie setzt also eine Gefahr voraus, bei der wirklich die persönliche Affection zum Dominus in Betracht kommt, welche doch wahrlich bei der Bewahrung eines gewöhnlichen Vermögensstücks vor dem Untergange, der man sich auch ganz fern stehenden Personen gegenüber unterzieht, gar nicht berührt wird. Die Stelle setzt nun einen Gestor voraus, der nicht mit dem gewöhnlichen animus negotia gerendi die fremden Angelegenheiten über sich nimmt, sondern der, gezwungen (also an und für sich wider Willen) durch seine Freundschaft, wegen der besonders schweren über den Begriff eines Vermögensschadens ganz hinausreichenden Gefahr sich interponirt. Ein solcher ist, gerade nach den Principien der culpa, gar nicht in Wahrheit Einer, der die fremde Geschäftsführung vollständig auf sich genommen hat, er hat sich nur in der ersten dringenden Noth offerirt, und so fordert es die aequitas, daß, da er weder wahrer Geschäftsführer ist, noch auch irgend einen Vortheil von dem Geschäfte hat, er nur für lata culpa hafte[3]).

Hiernach darf denn aber aus dieser Stelle keine weiter greifende Regel entnommen werden, als ich sie im Anfange dieses §. gefaßt habe. Es ist eine auf aequitas ruhende Ausnahme, bei der im Übrigen die Beurtheilung der einzelnen Fälle dem richterlichen Arbitrium überlassen werden muß[4]).

3) Er steht hier ähnlich, wie der sich interponirende creditor missus in possessionem (Fr. 9. §. 5. de reb. auct. jud.) obgleich im Übrigen Beider Stellung natürlich ganz verschieden ist.

4) Gleichartig, obgleich wohl nicht einmal so streng zu nehmen, ist die

39 §. 39. Es muß zur vollen Darstellung des Wesens der necessaria negotia noch Eine Frage beantwortet werden. Bisher war von natürlichen und juristischen Pflichten des Dominus die Rede, welche der Gestor für denselben erfüllt. Wie nun ist es mit den Pflichten, die wir als sittliche, moralische, oder Ehren=Pflichten zu bezeichnen pflegen, und denen wir auch schon im Gebiete der Impensen sowie der act. de in rem verso begegnet sind?

Wenn sich bei den Impensen zeigte, daß berechnet werden dürfen die cibaria nicht bloß der Sclaven (§. 7. Nr. 7.) sondern auch der Freigelassenen, sobald diese nur rei pupilli *necessarii* waren, ja sogar die liberis hominibus prästirten, sobald nur „ratio praestandi *justa* intercedat“ (Fr. 1. §. 8. de tut. act.), so läßt sich freilich das Erstere noch rein aus dem Gesichtspunkte der für eine Vermögensverwaltung bestehenden natürlichen Pflichten erklären, aber die justa ratio der an freie Menschen gegebenen cibaria scheint doch nicht lediglich so verstanden werden zu können, und es mag der Jurist Ulpian dabei wohl schon über die Gränzen der juristischen und natürlichen Verpflichtungen hinausgeblickt haben. Daß er aber in der That auch moralischen Verpflichtungen unter gewissen Voraussetzungen volle Berechtigung zuerkannt habe, sehen wir aus einem kurz vorhergehenden §., der bekanntlich vielfacher Besprechung schon unterlegen ist.

Es wird nämlich im Fr. 1. §. 2. de tutel. act. die Frage aufgeworfen, ob es im officium des Tutors liegt, die arme Mutter und Schwester des Pupillen zu alimentiren. Indem der Jurist besonders hervorhebt, daß das judicium tutelae als ein bonae fidei judicium es nicht zulasse, wenn der Pupill die

Frage, ob der Gestor, wenn er zur Geschäftsführung Geld verwandte, das er ruhig zu Haus liegen hatte, Zinsen verlangen könne; „si liberavi te *magno incommodo*“ Fr. 37. de usuris.

Ernährung einer tam conjuncta persona desavouiren wollte, so 39 folgt daraus, wie mit Recht schon von Anderen bemerkt worden ist, mit Nothwendigkeit, daß hier eine allgemeine juristische necessitas in Betreff der Schwester nicht vorliegen kann. Aber von der anderen Seite folgt daraus wiederum ebenso sicher, daß die Berechnung solcher Ausgaben gar nicht bloß bei dem judicium tutelae sondern bei dem ganzen Gebiet der bonae fidei actiones (sobald die Ausgaben überhaupt nach der Natur des einzelnen Rechtsverhältnisses denkbar sind) zulässig ist.

Es versteht sich von selbst, daß bei Rechtsverhältnissen, die überhaupt nicht ein freieres Waltenlassen der bona fides zulassen, von Verpflichtungen nicht die Rede sein kann, die über das Gebiet der natürlichen und juristischen necessitas hinausliegen. Aber andererseits ist auch nicht minder unläugbar, daß wenn die bona fides in Betracht gezogen wird, in gar manchen Verhältnissen das Vorhandensein gewisser sittlicher Nothwendigkeiten hervortritt, vor denen denn auch der Jurist, sobald es ihm überhaupt gestattet ist die bona fides walten zu lassen, seine Augen nicht verschließen darf. Und was liegt denn in dieser Hinsicht näher, als daß man die physische Ernährung, welche für die zu ernährende Person als natürliche Nothwendigkeit dasteht (§. 36. Nr. 6.), für die derselben nahe verbundenen Personen, sobald jene unvermögend ist, als eine sittliche Nothwendigkeit hinstellt? Und wie kann wohl (um noch ein zweites Beispiel hinzuzufügen) ein Zweifel bestehen, daß, wenn wir die Befreiung einer Person aus der Gefangenschaft eine ihr selbst obliegende natürliche necessitas nennen (§. 36. Nr. 7.), wir sie für die jener Person nahe Verbundenen als eine sittliche Pflicht zu bezeichnen haben, die denn auch meiner Meinung nach eben so unbedenklich vom Tutor in Betracht gezogen werden dürfte, als ihm zur physischen Ernährung eine Geldausgabe erlaubt, ja sogar geboten ist.

39 Es ist hiernach nicht zu bezweifeln, daß nach Römischer Anschauung in der That die Erfüllung der sittlichen Verpflichtungen eines Anderen als juristisch geltend zu machende *necessariae* impensae (von denen überhaupt in dem Fr. 1. §. 2.—9. de tutel. act. die Rede ist) auftreten kann. Es wird aber rathsam sein, ferner noch nach anderen Beispielen solcher Art um uns zu blicken.

Wenn man auf einen fremden kranken Sclaven Curkosten verwendet, so ist es keinem Bedenken unterworfen, daß man dieselben, sobald man nur nicht die Schuld an der Krankheit trägt[1]), als necessariae impensae geltend machen kann (s. §. 7. Nr. 5.). Wie aber ist es mit den Begräbnißkosten dieses Sclaven? Es versteht sich von selbst, daß, wenn man überhaupt einen Ersatzanspruch wegen derselben gestattet, man sie als necessariae impensae auffassen muß, denn utiles sind diese Ausgaben wahrlich nicht; und daß dies denn auch in der That von den Römischen Juristen geschieht, sehen wir aus dem Fr. 13. §. 22. de act. emti, in dem die Hinweisung auf den Satz, daß die Krankheit nicht durch die Schuld des Verwendenden veranlaßt sein dürfe, deutlich zeigt, daß hier von necessariae impensae die Rede ist (hoc amplius Labeo ait: et si quid in funus mortui servi impensum sit, ex vendito consequi oportere, si modo sine culpa venditoris mortem obie-

1) Der Satz, daß beim necessarium negotium, wenn es sich um Wiederherstellung eines Schadens handelt, dieser Schaden nicht durch den Wiederherstellenden veranlaßt sein darf, — wird, ebenso wie wir ihn bereits bei den Impensen haben kennen lernen (§. 14. Note 1.; s. auch §. 27. Nr. 1.), so auch bei der neg. gestio von den Römischen Juristen hervorgehoben und nach der Identität der ganzen Lehre versteht sich dies auch von selbst. Fr. 22. de neg. gest. — Sed ita scilicet hoc dici potest, si ipsa ruina vel incendium *sine vitio* ejus acciderit; nam quum propter ipsam ruinam aut incendium damnandus sit, absurdum est, eum istarum rerum nomine, quae ita consumtae sunt, quidquam consequi.

rit). — Wenn aber dies, unter welche Art von necessitas fällt das Begraben des Sclaven? Unter die natürliche, die den Gesichtspunkt hat, die Sache nicht zu verlieren (aus dem sich die Krankheitskosten, wenn gleich nicht vollständig, rechtfertigen), läßt es sich so wenig bringen wie unter die juristische, aus welcher letzteren, wegen polizeilicher Rücksichten, nur ein beliebiges Beiseitbringen des Leichnams oder der Asche folgen würde. Ein anständiges Begräbniß des Sclaven ist ebensosehr eine sittliche Pflicht des Dominus, wie Krankheitskosten für einen Sclaven, dem sie nicht mehr Genesung sondern nur Linderung bringen können. —

Wenn wir zu diesen hier etwas näher betrachteten Fällen noch das hinzurechnen, was im §. 7. Nr. 11., ferner im §. 22. über sittliche oder Ehrenpflichten bemerkt worden ist, so ist der Satz selbst, daß auch sie mit zum Gebiet der necessaria negotia in den Quellen mehrfach gerechnet werden, nicht mehr zweifelhaft. Wohl aber ist damit der Umfang, in dem wir den Satz zuzulassen haben, bei der geringen Zahl der vor uns liegenden Fälle, noch nicht ermittelt. Jedenfalls müssen wir wohl die Schranke stellen, daß zu einer sittlichen necessitas nur ein Aufwand werden kann, der für die Person und für die persönliche oder geistige Existenz eines Menschen, sowie für das Andenken an jene Existenz gemacht ist. Nie aber wird ein Aufwand für das Vermögen oder die materielle Wohlfahrt eines Menschen diesen höheren Stempel der sittlichen Nothwendigkeit an sich tragen. — Welche Verwendungen dagegen im Einzelnen sich nun wirklich als sittliche necessitas (nicht bloß utilitas) hinstellen lassen, das wird stets dem richterlichen arbitrium ebenso überlassen bleiben müssen, wie dies bei der natürlichen necessitas der Fall ist.

Solche sittliche Pflichten nun, die wir in der Impensenlehre hervortreten sehen und denen wir auch bei der actio de in

39) rem verso begegnet sind, können wir sie, das ist zum Schluß zu fragen, auch bei der negotiorum gestio zulassen, um auf deren Erfüllung die actio contraria zu bauen? Ich glaube, obgleich uns in den Quellen kein weiterer Anhalt gegeben ist, dies in der That bejahen zu dürfen, und wenn man sich nur vergegenwärtigt, daß in dem vorher Gesagten diesem Gebiete sehr enge Gränzen gesteckt sind, so wird dies auch nicht auffällig erscheinen. So z. B. wird meiner Meinung nach (die weiteren subjectiven Voraussetzungen der neg. gestio, also insbesondere die contemplatio domini, hinzugerechnet) der Richter die actio contraria dessen zulassen müssen, der für einen abwesenden reichen Mann, (von dem man annehmen kann: eadem facturum fuisse), eine arme und hülflose Schwester ernährt oder aus der Gefangenschaft von Räubern losgekauft und auf diese Weise verhindert hat, daß etwa vor Rückkunft des reichen Bruders die Schwester völlig zu Grunde ging. — Als Grund dieser Auffassung aber darf man, was besonders betont werden muß, nicht bloß anführen, daß sich dies nach richtigen Interpretationsgrundsätzen als der vermuthliche Wille des Römischen Juristen und des Corpus juris interpretiren lasse, sondern die Sache liegt völlig anders. Es handelt sich hier um die naturalis ratio, daß wir gewisse durch die Grundsätze der Sittlichkeit mit absoluter Strenge gebotene Dinge auch auf dem Gebiete des Rechts als eine reell vorhandene necessitas eben so gut behandeln müssen, wie wir dies bei necessitates thun, die uns schon selbst durch das Recht oder durch die physischen Verhältnisse hingestellt werden. Der Jurist steht hier vollkommen frei und selbstprüfend da, er hat als Nothwendigkeit zu behandeln, was er als eine wirklich in den menschlichen Verhältnissen bestehende Nothwendigkeit (sei es in Folge physischer, juristischer oder sittlicher Gründe) erkannt hat. Diese Behandlung aber der erkannten Nothwendigkeit nach diesem ihrem inneren Charakter

besteht eben darin, daß der Jurist ihr Folge giebt da wo in 39
einem Rechtsinstitute das Nothwendige mit Rechtswirkungen bekleidet ist, und von solch einem Rechtsinstitute reden wir eben hier, während es andere Rechtsinstitute giebt, wo der gerade Gegensatz des Nothwendigen nämlich das *Unmögliche* in Betracht zu ziehen ist und wo dann der Jurist wieder ebenso nach *physischen, juristischen* und *sittlichen* Gründen der Unmöglichkeit sich umzuschauen hat.

Und diese seine Thätigkeit hat der Jurist auszuüben nicht etwa bloß weil im Römischen Recht dies oder das für necessitas erklärt ist, sondern kraft der zwingenden Gewalt der naturalis ratio. Er hat sie auszuüben, weil die Lebensverhältnisse etwas wirklich Existirendes sind, weil also auch ihre wahrhaft vorhandene Natur da anerkannt werden muß, wo das Recht dem im Leben Gegebenen einen gewissen Raum zugesteht. Der Jurist hat alsdann diese naturalis ratio anzuwenden, nicht weil sie im Corpus juris oder Preußischen Landrecht u. s. w. aufgezeichnet ist, sondern er hat, sobald er sieht, daß ihn das Recht auf die naturalis ratio verweist, dieselbe nach dem Maaße seiner eigenen Überzeugung und Erkenntniß zu voll zur practischen Geltung zu bringen, außer soweit ihm wiederum durch die (gleichviel ob grundlose ob zweckmäßige) Fassung seines Rechts dabei noch etwa besondere Schranken gesetzt sind.

Für unsere vorliegende Frage ist es einleuchtend, daß dem Juristen in den Ländern des gemeinen Rechts durch die Fassung des Corpus juris in Feststellung dessen, was er für sittlich nothwendig zu halten habe, keinerlei Art von positiver Schranke gesetzt ist.

B. Das utile negotium.

§. 40. Die einzelnen Fälle, die wir in den Quellen als 40
der zweiten Klasse zugehörig antreffen, sind folgende:

40 1. Ankauf eines servus non necessarius. Fr. 6. §. 6. h. t. (de negot. gest.)

2. Das Kaufen einer Sache vom verkaufenden Pfandgläubiger, um sie damit dem Vermögen des Pfandschuldners zu sichern. Es ist utile, eine Sache (vorausgesetzt, daß ihr Haben nicht aus anderen besonderen Gründen unnütz erscheint) in dem Vermögenskreise, zu dem sie gehört, zu bewahren (s. §. 8. Nr. 5. §. 16. a. E.), auch wenn nun der Pfandschuldner für deren Werth in Gemäßheit des Ankaufs dem Gestor verhaftet wird. Fr. 52. §. 1. de pactis. Für die allmälige Abtragung dieser Schuld erwähnt diese Stelle dann noch weiterer Verabredungen zwischen Pfandschuldner und Gestor, die uns hier nicht interessiren.

3. Ein freier als Sclave dienender Mensch nimmt Geld auf und bringt es ins Vermögen seines vermeintlichen Herrn, der nun mit der actio contraria haftet, so lange er das Geld dem Gläubiger nicht zurückgezahlt hat. Fr. 36. h. t.

4. Quae utiliter in negotia alicujus erogantur, in quibus est sumtus honeste ad honores per gradus obtingentes factos. Fr. 45. pr. h. t.

5. Bezahlung einer Schuld ohne necessitas, indem der Erbschaftsbesitzer in bona fide seine eigenen legirten Sachen leistet. So weit der Erbe hiedurch liberirt also bereichert wird, findet die actio negotiorum gestorum statt. Fr. 49. h. t.

6. Verpachtung des Usus fructus an der Stelle des nicht gebrauchenden Usufructuars. Fr. 12. §. 2. de usufr. Soweit es sich um Retiniren des Usus fructus handelt, kann sich dies sogar zum necessarium negotium gestalten. Die Stelle spricht von der actio directa, der Fall kommt aber auch für die actio contraria in Betracht.

7. Wenn man für einen Abwesenden ein „novum negotium, quod non sit solitus absens facere, veluti venales no-

vicios coemendo vel aliquam negotiationem incundo", — un= 10
ternimmt, so ist dies zunächst, da der Dominus solche Unternehmungen zu machen nicht gewohnt war, und der Gestor also jedenfalls eine res non necessaria ausgeführt hat, lediglich als voluptarium negotium aufzufassen d. h. der Gestor führt dasselbe auf eigene Rechnung und Gefahr. Soweit nun aber dem Dominus daraus ein lucrum zukommt, insoweit ist er denn auch verpflichtet, ein in anderer Richtung daraus hervorgegangenes damnum anzuerkennen, und mit dem lucrum zu compensiren. Fr. 11. de neg. gest.

8. Während bei dem necessarium negotium die contemplatio domini ein allgemein wesentliches subjectives Erforderniß zur Begründung der auf vollen Ersatz gerichteten Forderung des Gestors ist, kommen bei dem utile negotium, in Folge dessen nur die Bereicherung eingeklagt wird, Gesichtspunkte in Betracht, bei denen ein strenges Festhalten an jenem subjectiven Erforderniß leicht ein Verlassen der naturalis ratio, auf der die actio negotiorum contraria ruht, zur Folge haben würde. So wie sich daraus die Eigenthümlichkeit des unter Nr. 5. angeführten Falles erklärt, daß dabei ein Hinblick des Erbschaftsbesitzers auf die Person des Erben durchaus nicht nöthig ist, so tritt dies auch noch in folgendem Falle hervor. Wer seines eigenen Gewinns halber ein Geschäft führt, hat damit nicht ein fremdes sondern lediglich sein eigenes Geschäft unternommen (qui enim depraedandi causa accedit, suo lucro non meo commodo studet). Dennoch aber (abgesehen von der actio negotiorum directa, die gegen ihn angestellt werden kann) muß die actio negotiorum contraria, ebenso wie die zur Geltendmachung der Impensen jedenfalls gegen die act. directa zulässige exceptio doli, wenigstens insoweit ihm gewahrt werden, als das Geschäft dem Anderen utile gewesen ist:

Fr. 6. §. 3. de neg. gest. (Julian.) — Ipse tamen, si

40 circa res meas aliquid impenderit, non in id quod ei abest (quia improbe ad negotia mea accessit) sed in quod ego locupletior factus sum, habet contra me actionem.

9. Geschäftsführung für einen Pupillen ohne Auctoritas des Tutors. Es kommt hier, wie in Fr. 37. pr. de neg. gest. Paulus sagt, auf die Bereicherung des Pupillen zur Zeit der Litiscontestation an, ein Satz, der diesen Fall mit dem eben vorher besprochenen gleichartig macht, aber nicht auf demselben Grunde ruht, indem er sich deutlich als eine aus der besonderen Stellung des Pupillen hervorgehende Eigenthümlichkeit herausstellt, die sich ebenso erklärt, wie das im §. 36. Nr. 6. Bemerkte, daß gegen einen Pupillen auch wegen eines necessarium negotium nur in quantum locupletior factus est geklagt werden kann.

Es bedarf nach Zusammenstellung dieser Fälle keiner weiteren Darlegung, daß, wenn auch so im Gebiete des utile sich einige eigenthümliche Gestaltungen herausstellen, doch der Begriff des utile bei der negotiorum gestio durchaus derselbe ist, wie wir ihn oben bei den Impensen und der actio de in rem verso haben kennen lernen.

C. Das voluptarium negotium.

41 §. 41. Folgende Fälle der Quellen gehören hieher:

1. Die „sumtus *voluptatis* causa facti“ vom Miteigenthümer bei Erbauung eines Hauses. Fr. 27. de neg. gest. So weit derselbe ampla aedificia errichtet hatte, ohne alle Nothwendigkeit (nulla re urgente) und auch ohne daß er beweisen kann, daß die Sache dadurch werthvoller geworden sei (quasi re meliore ab eo facta), insoweit kann ihm, da die voluntas des andern Miteigenthümers nicht vorliegt, eine Klage auf Ersatz nicht zugestanden werden. Er hat aber ohne Zweifel die Klage auf das tollere, sobald ihm dies verweigert wird.

2. Mandat an einen Freien, qui bona fide mihi serviebat. Fr. 19. §. 2. h. t. Die actio mandati kann hier nicht gegeben werden, weil der vermeintliche Sclave das Geschäft nicht aus freiem Willen, sondern ex necessitate servili ausführt. Dagegen findet nun aber die actio negotiorum gestorum statt, da derselbe den animus negotia gerendi hatte, und in dem Mandate jedenfalls die sichere voluntas domini enthalten ist, welche uns der Nothwendigkeit überhebt, nach den objectiven Erfordernissen der necessitas oder utilitas (re aliqua urgente oder quasi re meliore facta — wie die vorige Stelle sagt) zu suchen. 41

3. Mandat an einen Freigelassenen oder Freund, ein Darlehn aufzunehmen, woraus der Darleiher (oder auch der intervenirende Fidejussor) die voluntas domini ersieht, und demgemäß die actio negotiorum gestorum ad exemplum institoriae gegen den Dominus erlangt, auch ohne daß das Geld in rem ejus vertirt ist (d. h. hier im engern Sinn, auch ohne daß eine Bereicherung des Dominus, wie sie zum utile negotium gehört, vorzuliegen braucht) Fr. 31. pr. de neg. gest. —, und ferner (wie ich hinzufüge) auch ohne daß durch die Übernahme des Geschäfts eine besondere Gefahr vermieden und also eine necessitas erfüllt wird (§. 36. Nr. 20.). Die Voraussetzung ist natürlich, damit es nicht unter den anderen Gesichtspunkt des male gestum negotium falle, daß man durch die Einmischung nicht irgend eine verletzende Störung herbeiführte.

4. Eine Geschäftsführung für zwei Eheleute ist, wenn bloß der Mann mandirt hatte, soweit sie sich auf die Frau erstreckt, nur negotiorum gestio. L. 14. C. de neg. gest. Wir haben hierbei hinzuzudenken, daß, wenn auch nicht das Mandat, doch das Einverständniß der Frau vorliegt, da auf die Voraussetzung der necessitas oder utilitas nichts in der Stelle hindeutet.

41 5. Verwendungen auf ein Grabmonument können nicht über den Willen des Erblassers hinaus (quum voluntas finem erogationi fecerit), aber auch von der anderen Seite bis zu dieser Gränze mit der actio negotiorum eingeklagt werden. Fr. 31. §. 4. eod. (s. oben §. 10.)

6. Ankauf von Sachen, wovon ich weiß, daß der Andere ejus voluntatis esse, ut emtum habere vellet, auch wenn sie ihm nicht necessaria (oder utilis — wie wir zu den Worten des Römischen Juristen hinzusetzen) war. Fr. 46. pr. eod.

7. Eintreibung von fremden Forderungen, Anstellung einer Klage für einen Anderen, Bestellung eines actor litium causa für denselben, (in welchem Allen eine Veräußerung im weitern Sinn liegt), und ferner die Veräußerung fremder Sachen im engern Sinn ist im Allgemeinen nicht zulässig und zur actio negotiorum gestorum nicht berechtigend. Fr. 31. §. 6. Fr. 59. eod. Wohl aber wird dies bewirkt durch das Hinzutreten der voluntas, der Ratihabition des Dominus. Das gilt sowohl bei Veräußerung von Sachen (L. 19. C. eod; L. 20. C. fam. herc.), als auch bei der Eintreibung von Forderungen (Fr. 24. u. L. 9. C. de neg. gest.), der extrajudiciellen Admonition des Schuldners eines Anderen, in Folge deren derselbe zahlt (Fr. 6. §. 10. eod.), und der Einklagung des Schuldners (Fr. 6. §. 10. eod.); — und wenn auch die angeführten Stellen nur von der actio directa als der hier zunächst sich darbietenden Frage reden, so kann es doch keinen Zweifel haben, daß dem Gestor auch seine Gegenforderungen, soweit sie bei derartigen Geschäften überhaupt factisch denkbar sind, in Folge der Ratihabition anerkannt werden müssen.

8. Ein negotium male gestum geht zunächst ganz auf die Gefahr des Gestors, soweit nicht der Dominus durch die Ratihabition es auf sich herüberzieht. Fr. 9. eod. (s. oben §. 34.)

42 §. 42. Die Gesammtheit dieser Fälle des voluptarium

negotium bedarf zur Erkenntniß ihrer völligen Gleichartigkeit 42
mit dem, was uns in der Impensenlehre (§. 9. u. 10.) und der actio de in rem verso (§. 20. u. 25.) entgegengetreten ist, keiner weiteren Beweisführung. Durch alle Punkte ziehen sich, wie mit voller Bestimmtheit aus jedem einzelnen hervorleuchtet, die gemeinsamen schon früher nachgewiesenen Sätze: daß man neben dem jus tollendi einen Anspruch auf Ersatz für diese Verwendungen zunächst nicht hat, daß aber das Hinzutreten der wirklichen voluntas domini den Grund zur Erlangung dieses Ersatzes mittelst der actio contraria darbietet. Nur Eine besondere Frage ist hiebei noch zu beantworten, welche zu dem richtigen Verständniß dieser ganzen Klasse des voluptarium negotium durchaus wesentlich erscheint, die aber auch noch über dieselbe hinausgreift.

Die *voluntas domini*, die, beim necessarium negotium im Allgemeinen ohne selbständige Folgen, schon im Gebiete des utile negotium Bedeutung erhält, für die Geltendmachung des voluptarium aber von ganz überwiegender Wichtigkeit ist[1]), — wir fragen, was wir im Genaueren darunter zu verstehen haben?

---

1) Ausflüsse von diesen hier des Beweises nicht mehr bedürftigen Sätzen sind in den Quellen z. B. folgende: Beim *necessarium* negotium (si insulam fulsero hereditariam) kann die voluntas dessen, den man fälschlich für den Erben hält, das Geschäft durchaus nicht in seinen Vermögenskreis hinüberziehen („nec possit, quod alii acquisitum est ipso gestu, hoc tuum negotium videri.“ Fr. 6. §. 11. de neg. gest.) Dagegen bei einem *voluptarium* negotium (Eintreibung einer Erbschaftsforderung) macht die voluntas des fälschlich für den Erben Gehaltenen ein gültiges Verhältniß der negotiorum gestio (ratihabitio hoc conciliat d. h. sie kann den Mangel des gewöhnlich auch beim volupt. neg. vorhandenen objectiven Eingreifens in den Vermögenskreis des dominus negotii ganz ersetzen) und die Folge davon ist, daß nun gegen diesen dominus negotii vom wahren Erben die her. pet. angestellt werden kann. Fr. 6. §. 10. eod.

42 Es möge hier zunächst, abgesehen noch von dem Blick auf die Römischen Quellen, unabhängig in Betracht gezogen werden, was das naturale Wesen der Verhältnisse ergiebt.

Bei dem ganzen Kreise von Geschäftsführung, dem wir hier unsere Untersuchungen zugewandt haben, sind wir stets, sowohl bei den Impensen und der actio de in rem verso als jetzt bei der negotiorum gestio, einer gemeinsamen Voraussetzung gefolgt, die schon in der Überschrift dieser Abhandlung ihren Ausdruck gefunden hat. Die ungerufene Geschäftsführung für Andere ist es, der wir in ihren verschiedenen Gestaltungen nachforschen. Unter ungerufener Geschäftsführung ist aber in einem ganz scharfen Begriffe diejenige verstanden, zu der der Wille des Geschäftsführers den Anstoß giebt. Nicht die Berufung von Seiten des Dominus ist der Grund, der den Geschäftsführer zur Fassung seines Willens auf Ausführung des Negotium veranlaßt, also es steht nicht der Wille des Gestor hinter dem des Dominus als ein davon getriebener, so daß wir jenen als das Segel diesen als den treibenden Wind bezeichnen könnten, der schwellend dem Segel die Richtung giebt. Es verhält sich vielmehr gerade umgekehrt. Der Wille des Geschäftsführers ist ein spontaner, origineller. Er, dem es zusteht, in seinen eigenen Angelegenheiten die alleinige Norm abzugeben, greift hier gerade hinaus über den Kreis der eigenen Angelegenheiten in ein fremdes Gebiet, und es fragt sich eben wie weit sich der dies fremde Gebiet beherrschende Wille ein solches Hinübergreifen gefallen lassen wird, ohne sich davon verletzt zu fühlen. Wir setzen also gerade voraus, daß dieser letztere Wille an und für sich zunächst unthätig ist, daß er keinen Anstoß giebt, sondern empfängt. Offenbar ist hiebei noch wieder von wesentlicher Bedeutung, in welchem Zustand der Anstoß den unthätigen Willen des Dominus antrifft. Wir müssen dies genauer uns vergegenwärtigen,

um dann nochmals auch auf die verschiedenen Gestaltungen ei= 42
nes den Anstoß gebenden Willens des Dominus zurückblicken
zu können.

1. Der Dominus, d. h. das Subject, in dessen Souverainetätskreis sowohl bei den Impensen und der actio de in rem verso wie bei der negotiorum gestio die Handlung des Geschäftsführers eingreift, ist zunächst, daran müssen wir immer festhalten, in Betreff seines Willens in einem ruhenden inactiven Zustande. Aber dieser Zustand der Inactivität kann noch wieder von doppelter Art sein. Es ist einestheils möglich, daß die Inactivität als eine totale dasteht, der Dominus also über das fragliche Geschäft überhaupt nicht nachgedacht hat. Setzen wir dies voraus, so kann es uns ganz gleichgültig sein, ob der Dominus vielleicht völlig willensunfähig, mithin gar nicht (wie z. B. ein furiosus, eine hereditas jacens) in der physischen Lage ist, zu denken oder über dies besondere Geschäft nachzudenken. Wir können trotzdem uns in die Stellung dieses Subjectes versetzen, und darauf Antwort geben, ob der Dominus nach seinen Verhältnissen, wenn er des Denkens überhaupt und über dies einzelne Geschäft fähig wäre, dasselbe gethan haben würde (eadem facturum fuisse), was jetzt der Geschäftsführer thut. Wir wollen diesen Willenszustand, bei dem denn auch eine spätere Genehmhaltung des (willensfähigen) Dominus erfolgen kann, den der unbewußten Inactivität nennen. — Es ist aber zweitens möglich, daß der Wille des Dominus schon in gewisser Weise aus dem Zustand der Inactivität herausgetreten war, daß er sich objectiv mit dem Vorgenommenwerden des Geschäftes einverstanden geäußert hatte, ohne aber freilich das Geringste zu thun, um die Person dieses von uns vorausgesetzten Geschäftsführers zu veranlassen, sich dem Geschäfte zu unterziehen. Der Wille ist sich also des Inhalts des Geschäftes bereits vollständig bewußt, in Bezug aber auf die concrete

42 Vornahme desselben nichtsdestoweniger unthätig. Wir können ihn daher als *objectiv bewußte Inactivität* bezeichnen. Es ist gleichgültig, wie sich hier das Bewußtsein des Dominus über den Inhalt des Geschäfts äußert; mag es in ernstlichen Vorbereitungen, selbst dasselbe vorzunehmen, mag es in dem Auftrage an einen Anderen bestehen, dem sich nun aus dem einen oder anderen Grunde der Geschäftsführer substituirt, mag es auch nur in der ernstlichen Äußerung liegen, daß man das Geschäft wünsche oder damit zufrieden sei; — in allen Fällen, wo wir nach bekannten Interpretationsregeln eine Ernstlichkeit des Willens anzunehmen haben, ist jene bewußte Inactivität vorhanden. Ja es ist denkbar, daß die (zuletzt erwähnte) Äußerung des Dominus, er finde das Geschäft wünschenswerth, an den Geschäftsführer selbst gerichtet sei, ohne im Geringsten als der Anstoß des Geschäfts dazustehen. Wenn der Dominus den Gestor einen Auftrag unter Verhältnissen giebt, die das Bestehen des Rechtsverhältnisses des Mandats nicht zulassen, oder wenn der Geschäftsführer, — aus eigenem Antriebe bereits vollständig zur Ausführung des Geschäfts entschlossen, oder vielleicht schon mit der Ausführung desselben halb zu Ende, — sich außerdem der Ansichten des Dominus vergewissert, daß das Geschäft objectiv seinem Wunsche und seiner Zufriedenheit entspreche, so haben wir stets ein Geschäft, dessen factische Basis lediglich auf der voluntas des Geschäftsführers ruht, sein eigener Wille ist der Grund des Geschäfts, und der Impuls, den er etwa vom Dominus erhalten hat, ist für die Frage von der Veranlassung des Geschäfts nur höchstens von mittelbarer Bedeutung.

Es findet sich also in allen verschiedenen Gestaltungen dieser objectiv bewußten Inactivität des Dominus das Gemeinsame, daß darin *kein Mandat*, keine Anstellung des Geschäftsfüh-

rers zum Geschäft liegt, daß die Geschäftsführung eine *ungerufene* ist. 42

2. Als den geraden Gegensatz hievon haben wir die Gesammtheit der Fälle hinzustellen, in denen der Wille des Dominus der veranlassende Grund des Geschäfts ist und also auch bei einem die naturalis ratio anerkennenden Institute dessen juristische Basis werden muß. Wo wir dies finden, haben wir die *berufene Geschäftsführung*, oder das Mandat (in besonderen Fällen eine Stellvertretung durch *Amt*) vor uns. Es hat sich aber hierbei bis in die neusten Zeiten eine Unklarheit des Gedankens eingeschlichen, die sehr nachtheilig geworden ist. Es erscheint nämlich allerdings als das Natürlichste und Häufigste, daß der Act der Berufung dem Acte der Geschäftsführung *der Zeit nach* vorangeht. Aber offenbar ist dies etwas mit dem begrifflichen Wesen der berufenen Geschäftsführung durchaus nicht unzertrennlich Verbundenes. Wenn ich mit einem Andern ein Geschäft eingehe, mit der ausdrücklichen Bemerkung, daß es für einen Dritten geschehen, und *lediglich durch dessen Willen* Geltung haben soll, — wobei ich dies entweder in die unrichtige Behauptung ein Mandat erhalten zu haben einkleide, oder mit der Anerkenntniß des Unbeauftragtseins doch mich ganz auf die Einwilligung des Vertretenen zurückbeziehe: mag ich nun dabei noch fernerhin die Gefahr des Eintritts dieser Einwilligung übernehmen (cautio de rato) oder meinem Mitcontrahenten überlassen —, so ist die Basis des Geschäftes, wenn hinterdrein die Einwilligung erfolgt, lediglich diese und nicht die voluntas des Geschäftsführers. Es giebt also auch eine hinterdrein erfolgende Berufung zur Geschäftsführung, bei der die Genehmigung ganz dem voraufgehenden Mandate gleichsteht, nämlich stets wenn das Geschäft nur unter der Voraussetzung der voluntas domini Geltung ha-

42 ben soll, der Wille des Gestors also gleichsam nicht auf eigenen Füßen zu stehen sich getraute.

43 §. 43. Die in dem vorigen §. entwickelten Unterschiede finden sich in der naturalis ratio der Dinge begründet. Daß sie auch von der klassischen Jurisprudenz der Römer ganz klar erkannt worden sind, ist nunmehr noch nachzuweisen.

Daß die Römer die voluntas im engern Sinn von dem Mandate scheiden, ist aus einer ganzen Reihe von Stellen, die wir schon im Bisherigen haben kennen lernen, mit vollster Sicherheit zu entnehmen[1]).

Es genügt aber dieser Beweis noch nicht, es ist namentlich nöthig, daß man sich vollständig klar mache, in welchem Sinn bei den Römern der Ausdruck ratihabitio vorkommt.

Heutzutage wird es in Folge eines wunderlichen Mißverständnisses als eine ausgemachte Sache betrachtet, daß unter Ratihabition lediglich eine einzige Gestaltung einer genehmigenden Willenserklärung verstanden werde. Man fand nun in

1) S. z. B. Fr. 3. §. 4. de in rem verso (§. 20.) „nisi forte *mandatum* domini aut *voluntatem* habuerit;" Fr. 3. §. 6. eod. „domino *volenti*"; Fr. 5. §. 2. eod. „si quidem dominus *ratum habuerit*" im Gegensatz zu dem zur act. quod iussu berechtigenden Willen (s. oben §. 20.); Fr. 46. de neg. gest. „mandasti filio meo, — quod cum cognovissem, ipse emi; — — et *te ejus voluntatis esse* ut emtum habere velles"; L. 7. §. 1. C. quod cum eo. (s. §. 35.); Fr. 19. §. 2. eod. (Mandat an einen Freien, qui bona fide mihi serviebat, s. §. 41. Nr. 2.); Fr. 31. pr. (Mandat an einen Zweiten, woraus ein Dritter die voluntas des Ersten ersieht. §. 41. Nr. 3.); Fr. 31. §. 4. eod. „quum *voluntas* finem erogationi fecerit", s. ferner die die Ratihabition betreffenden Stellen im §. 41. Nr. 7. u. 8. — Ganz ebenso wie bei der act. de in rem verso und negot. gest. haben wir die voluntas schon vielfältig bei den Impensen angetroffen, wobei ebenfalls offenbar von einem Mandat nicht die Rede ist, indem sonst statt der bloßen exceptio doli die act. mandati contraria zustehen müßte. S. Fr. 8. pr. de impens. Fr. 50. §. 1. de her. pet. Fr. 11. pr. de impens. Fr. 9. de impens. (s. oben §. 10.) — S. auch noch Fr. 24. §. 4. Fr. 61 — 64 sol. matr. „si vero *negotium gerens mulieris non invitae* maritus dotalem servum voluntate ejus manumiserit."

einer Stelle den Ausspruch, daß die Ratihabition dem Man- 43
date gleichstehe, übersah aber dabei, daß nach dem darin besprochenen Falle der Jurist offenbar auch ganz besondere Voraussetzungen, aus denen die Gleichstellung mit dem Mandate von selbst folgt (wie sie im vor. §. Nr. 2. ausgeführt worden sind) — vor Augen hat. Es ist nämlich die Rede davon, wie Jemand eine Intercession mit dem Wissen des Hauptschuldners und ohne daß derselbe widerspricht, übernimmt (Fr. 60. de reg. jur. — Semper qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur). Ein solcher Fall setzt gerade in der Person des Bürgschaftleistenden eine Willensmeinung voraus, wonach er sich vollkommen, und auch mit Recht, auf den *stillschweigend* ausgesprochenen Willen des Hauptschuldners als den ganzen Grund seiner Bürgschaftsleistung zurückbezieht. Aus den Umständen war der Bürge berechtigt die Supposition des Vorhandenseins des Willens zu entnehmen. Und wenn nun der Jurist fortfährt: sed et si quis ratum habuerit, quod gestum est, obstringitur mandati actione, so bleibt er nothwendig, indem er keine neuen Voraussetzungen hervorhebt, bei den vorher gemachten stehen. Er denkt sich also einen Bürgschaftleistenden, der mit Rücksicht auf den Willen des Schuldners contrahirt, und für den dann auch in der That diese Supposition durch die nachfolgende Ratihabition eintrifft. — Es ist in diesem kurzen abgerissenen Fragment die Gemeinsamkeit der beiden Fälle, obgleich eine weitere Auseinandersetzung darüber fehlt, nicht zu verkennen. Der Jurist hat die Leistung einer Bürgschaft ohne *ausdrückliches* Mandat, wobei nun aber der Bürge auf andere, dem ausgesprochenen Auftrage gleichwirksame Momente baut, vor Augen. Das eine Mal schließt der Bürge aus Umständen, die schon einen wirklich vorhandenen Willen voraussetzen, also als stillschweigende Willenserklärung auftreten. Das andere Mal hat der Bürge wenigstens Gründe, die spätere Fas-

43 sung des Willens vorauszusetzen, der dann, indem er hinterdrein als Ratihabition erfolgt, ebenfalls dem Mandate gleichstehen muß, da der im Voraus sich darauf stützende Wille des Bürgen gar kein juristisch anderer ist, als bei jener Zurückbeziehung auf die stillschweigende Billigung des Hauptschuldners [2]).

Aus dieser Stelle hat man nun aber die Regel entnehmen zu müssen geglaubt, daß die Ratihabition immer dem Mandate gleichstehe, und damit eine Reihe von Stellen im Gebiete der Negotiorum Gestio nicht zu vereinigen gewußt, die offenbar trotz des Eintretens der Ratihabition das Fortbestehen des Rechtsverhältnisses der negotiorum gestio, und nicht dessen Umgestaltung zum Mandate annehmen. Außer den in der Note 1. schon citirten Stellen war es das oben erklärte Fr. 9. de neg. gest. (s. §. 34.), dessen auf die actio directa sowohl wie auf die eben vorher erwähnte contraria sich beziehende Endworte: „erit igitur et post ratihabitionem negotiorum gestorum actio“ dem Inhalte jenes Fr. 60. geradezu in's Gesicht zu schlagen schienen.

Ich habe nicht die Absicht, mich auf eine Widerlegung der vielen mißlungenen Erklärungsversuche einzulassen. Es ist sonderbar, aber eine natürliche Folge von dem Übersehen der gemeinsamen für actio de in rem verso und negotiorum gestorum bestehenden Principien, daß man die völlig gleichliegende Frage im Gebiete der actio de in rem verso meist ganz unerwähnt gelassen hat. Und doch werden durch diese Vergleichung eine ganze Reihe von Erklärungsversuchen von vorn herein unmöglich.

Das Fr. 1. §. 6. quod jussu sagt nämlich: si *ratum ha-*

2) Eine Veränderung der Lesart des Fr. 60. cit. „obstringitur velut mandati actione,“ wie neuerdings Arndts Pand. §. 299. Not. 4. vorschlägt, erscheint hiernach zum Verständniß der Stelle durchaus nicht erforderlich, und wird außerdem unthunlich, weil die bei der act. de in rem verso ganz parallel liegende Schwierigkeit, von der gleich weiter die Rede sein wird, damit unerledigt bleiben würde.

buerit quis, quod servus ejus gesserit vel filius, *quod jussu* actio in eum datur, und es bedarf wohl keiner Auseinandersetzung, daß die actio quod jussu hier ganz parallel steht mit der in jenem Fr. 60. de reg. jur. vorausgesetzten mandati actio. — Von der anderen Seite wird es nach allen unseren bisherigen Entwicklungen ohne Hinzufügung einer Erklärung von selbst einleuchten, daß der in Fr. 9. de neg. gest. ausgesprochene Rechtssatz ganz derselbe ist mit dem bei der act. de in rem verso bestehenden, welchen das Fr. 5. §. 1. de in rem verso so ausdrückt: sive *ratum habeat* servi contractum dominus, sive non, *de in rem verso* esse actionem. 43

Die Lösung dieser scheinbaren Widersprüche kann offenbar nur dann befriedigen, wenn sie gleichmäßig für die negotiorum gestio und für die actio de in rem verso zutrifft; und der ganze Charakter der Stellen führt uns darauf, daß die Lösung nicht in der Auffindung einer äußeren veranlassenden Zufälligkeit bestehen kann, sondern von innen heraus durch scharfes Auseinanderhalten der verschiedenen hier sich bildenden factischen Voraussetzungen gewonnen werden muß. — Das Haupthinderniß aber, welches sich dem bisher entgegengestellt hat, ist ein durchaus eingebildetes und von selbst in sich zerfallendes, nämlich die willkührlich angenommene und mit nichts erweisliche engere Bedeutung des Worts: ratihabitio.

Dieses Wort hat ganz denselben Sinn als unser deutscher Ausdruck: Genehmhaltung, in Bezug auf deren juristische Wirkungen natürlich nicht aus dem Worte, sondern nur aus der verschiedenen Natur der factischen Verhältnisse eine Schlußfolgerung gemacht werden kann, und ebensowenig wie aus dem deutschen Worte Genehmhaltung geschlossen werden darf, daß sie dem Mandate gleichstehe, so wenig vermag dies das Römische Wort allgemein auszudrücken.

Die Unterschiede nun, die ich im vorigen §. entwickelt

43 habe, sind im inneren Wesen der Verhältnisse begründet, und die selbständig darauf sich stützenden und stets danach forschenden Römischen Juristen werden, wie schon von vorn herein zu vermuthen ist, das nicht verkannt haben. In der That läßt sich dies denn auch noch bestimmt aus den Quellen nachweisen.

44 §. 44. — 1. Betrachten wir zunächst die Stellen der Römischen Juristen, in denen die Ratihabition dem Mandate gleichgestellt wird, also den *zweiten* der im §. 42. besprochenen Fälle.

Der Satz, den das Fr. 60. de reg. jur. und Fr. 1. §. 6. quod jussu gleichmäßig enthalten, daß nämlich die Ratihabition gleiche Wirkungen mit dem Mandate erzeugen kann, kommt auch noch in anderen Stellen vor. Zunächst wird im strengsten Sinne hierauf zurückgeführt die Ratihabition der von einem Anderen für den Ersteren erbetenen bonorum possessio, indem eine solche Agnition nur dann gültig sein soll, wenn auch wirklich in dem Momente der Agnition der Vertretene ein Mandat dazu hätte ertheilen, oder selbst hätte agnosciren können [1]). Offenbar muß beim Erbrecht, als einem höchstpersönlichen Rechte, Alles unmittelbar aus der Person des Berufenen selbst beurtheilt werden, der Stellvertreter kann ja das agnoscirte Erbrecht für seine eigene Person gar nicht begründen, es versteht sich also von selbst, daß er die bon. poss. lediglich unter der hier in der Sache liegenden Voraussetzung erbittet, welche wir oben §. 42. Nr. 2. haben kennen lernen; der Voraussetzung nämlich, daß die Agnition *erst durch den Willen des Vertretenen Geltung erhalten* soll. — Ein weiterer Fall ist folgender: Wenn man einem *falsus* procurator eine Zahlung macht, so liegt es gerade im Wesen eines solchen Procurator, daß, während der Negotiorum Gestor aus eigener selbständiger

1) Vergl. Fr. 48. de acq. vel om. her. Fr. 3. §. 7. Fr. 16. de bon. poss. Fr. 7. 24. ratam rem hab.

voluntas das Geschäft vornimmt, jener die Empfangnahme des 44
Geldes lediglich auf den Willen des Vertretenen reducirt, die Geltung der Zahlung also nach der Art, wie der falsus procurator sich ausgiebt, ganz auf dem Willen des Vertretenen ruhen soll. Der Unterschied vom vorigen Fall (der aber keine juristischen Verschiedenheiten hervorrufen kann) ist nur, daß jener die b. p. Erbittende den Willen des Vertretenen offen und richtig als einen noch in der Zukunft schwebenden hinstellt, während der falsus procurator ihn unrichtig für einen in der Gegenwart schon vorhandenen ausgiebt[2]). — Ganz ebenso endlich ist der Fall des Fr. 1. §. 13. und 14. (welche beiden §§. im genausten Zusammenhange stehen) de vi et vi armata[3]), einer Stelle, deren Verständniß von ganz besonderem Interesse ist. Ulpian theilt (wenn auch nicht grammatisch, indem die Mittheilung der Worte des Sabinus die Satzbildung beherrscht) doch offenbar dem Sinne nach die von ihm zu erörternde Frage in zwei Punkte, welche ich danach auch äußerlich durch den Abdruck in der Note hervorgehoben habe. Er unterscheidet das Dejicirtwerden von einem *verus* und von einem *falsus procurator*. Der letztere

2) Fr. 12. §. 4. de solut. — Sed et si *non vero* procuratori solvam, ratum autem habeat dominus, quod solutum est, liberatio contingit; *rati enim habitio mandato comparatur* d. h. steht dem eigentlichen (vorausgehenden) Mandate practisch ganz gleich.

3) Quoties a) *verus procurator* dejecit, cum utrolibet eorum, id est: sive domino sive procuratore agi posse, *Sabinus ait*, et alterius nomine alterum eximi, sic tamen, si ab altero eorum litis aestimatio fuerit praestita: non enim excusatus est, qui jussu alicujus dejecit, non magis quam si jussu alicujus occidit; — quum autem b) *falsus* est *procurator*, cum ipso tantum procuratore interdici debere. Sabini sententia vera est. Sed et si, quod alius dejecit, ratum habuero, sunt qui putent, secundum Sabinum et Cassium, qui *ratihabitionem mandato comparant*, me videri dejecisse, interdictoque isto teneri. Et hoc verum est: rectius enim dicitur, *in maleficio ratihabitionem mandato comparari.*

41 Fall interessirt uns hier. Sabinus hatte in Beziehung auf denselben nur den Satz ausgesprochen, daß der Procurator allein der Thäter sei. Ulpian knüpft nun daran die Frage von der Ratihabition. Wenn man die Dejection genehmige, die der falsus procurator vorgenommen habe, so sei darauf nach der Ansicht Mancher der Satz des Sabinus anzuwenden, daß die Ratihabition dem Mandate gleichstehe. — Es ist nun einleuchtend, daß eine von einem Anderen als Stellvertreter und doch ohne Mandat ausgeführte Dejection nur so verstanden werden kann, daß der Dejicient bei der Dejection sich fälschlich als den Beauftragten des Anderen ausgiebt, und eben dadurch die Vornahme der Dejection lediglich auf den Willen des Vertretenen zurückbezieht d. h. also daß Ulpian unter dem „alius" nur einen als falsus procurator, von dem er vorher gesprochen hatte, Auftretenden verstehen kann. Im Gegensatze hiezu ist nämlich der Begriff einer Geschäftsführung unter der „objectiv bewußten Inactivität" des Vertretenen (s. oben §. 42. Nr. 1.) und ferner auch ein Handeln, bei dem man sich nicht für einen Beauftragten ausgiebt und doch mit der ausdrücklichen Bemerkung, daß das Gehandelte nur erst durch den Willen des Vertretenen Geltung erhalten soll (§. 42. Nr. 2.) — gleichmäßig etwas auf Delicte gar nicht Anwendbares. Der Vertretene könnte dabei gar nicht mehr als intellectueller Urheber aufgefaßt werden, und seine eigene Handlung, wenn sie auch etwa unter andere Gesichtspunkte der Strafbarkeit fällt, wäre jedenfalls nicht das vorliegende Delict. Hieraus folgt, daß bei Delicten, wo nicht ein Mandat vorliegt, nur eine solche Stellvertretung möglich ist, die ganz auf dem Willen des Vertretenen ruhen sollte, und dies dadurch bewirkt, daß man sich für den Beauftragten des Anderen ausgab. In diesem Falle kommt dann aber allerdings die nachfolgende Genehmhaltung der intellectuellen Urheberschaft, dem Mandate, ganz gleich. Und dies ist es, was

Ulpian am Schluß der Stelle ausspricht: in *maleficio* ratiha- 44
bitionem mandato comparari, ein Satz, dessen Fassung übrigens schon zeigt, daß es auch noch andere Gebiete giebt, in denen die Ratihabition dem Mandate nicht gleichsteht.

Das Resultat der bisherigen Entwicklung ist, daß wir in allen diesen Fällen stets deutlich den Grund hervortreten sehen, auf welchen sich die Zusammenstellung der Genehmhaltung mit dem Auftrage stützt, und daß keineswegs darin die allgemeine Regel ausgesprochen ist, beide seien in allen Fällen einander gleich.

§. 45. — 2. Dem gegenüber läßt es sich nun mit voller 45
Sicherheit nachweisen, daß die Römer auch das andere im §. 42. entwickelte Gebiet kennen, in dem die Genehmhaltung wirksam werden kann, ja daß dies sogar bei der negotiorum gestio und actio de in rem verso die gewöhnliche Voraussetzung ist.

Die Römer heben es mit ausdrücklichen Worten als das regelmäßige Wesen der negotiorum gestio hervor, daß der Gestor den Anstoß zum Geschäfte giebt, und daß, wenn diese juristische Basis des Verhältnisses, die eigene selbständige voluntas des Gestors, einmal vorhanden ist, ein von anderer Seite auf dies selbe Geschäft gerichtetes Mandat das einmal begründete Verhältniß der neg. gestio natürlich nicht verändern, und nur etwa daneben noch eine eigene actio mandati hervorrufen kann [1]). Diese den Anstoß gebende voluntas des Gestors ist das Maaßgebende für den ganzen Umfang des Verhältnisses. Im Allgemeinen steht es dem Gestor ganz frei, wann er (sobald nur eine objective Abgränzung möglich ist) das Ende des Geschäftes

1) Fr. 3. §. 11. de neg. gest. — — si, *quum proposuissem negotia Titii gerere*, tu mihi mandaveris ut geram, an utraque actione uti possim? Et ego puto, utramque locum habere, quemadmodum ipse Marcellus scribit, si fidejussorem accepero negotia gesturus; nam et hic dicit adversus utrumque esse actionem.

45 setzen [2]), und in wiefern er mehre Geschäfte als eine einzige Geschäftsführung oder als eine Mehrheit von Verhältnissen hinstellen will [3]); nur giebt die das Geschäft begründende voluntas in Zusammenhalt mit den zur Zeit ihres Hervortretens [4]) vorhandenen factischen Verhältnissen den Interpretationsmaaßstab, wodurch der objective Umfang des Geschäfts festzustellen ist. — Diese voluntas des Gestors ist so sehr der Grund des ganzen Verhältnisses, daß daraus folgendes, wie es zuerst scheint merkwürdige und doch vollständig erklärbare Resultat sich ergeben kann. Wir haben oben (§. 41. Nr. 7.) gesehen, daß Veräußerung von Sachen oder Einklagung von Forderungen zu den voluptaria negotia gehört, also ohne Mandat oder Ratihabition des Dominus eine Ersatzklage des Gestors daraus nicht denkbar ist, natürlicherweise denn also auch an sich eine Verhaftung des Gestors wegen Unterlassung eines solchen voluptarium negotium nicht möglich erscheint. Nichtsdestoweniger kann, wenn die voluntas des Gestors einen größeren Geschäftskreis auf sich genommen hat, in deren Umfange eine bestimmte Forderung (namentlich eine gegen den Gestor selbst gerichtete) liegt, dies zu einem Stück der schon begründe-

2) L. 20. C. eod. — Tutori vel curatori similis non habetur, *qui citra mandatum negotium alienum sponte gerit*, quippe superioribus quidem necessitas muneris *administrationis finem, huic autem propria voluntas facit.*

3) Fr. 16. de negot. gest. — Sed et cum aliquis negotia mea gerit, non multa negotia sunt, sed unus contractus, *nisi si ab initio ad unum negotium accessit, ut finito eo discederet.* Hoc enim casu, si *nova voluntate* aliud quoque aggredi coeperit, alius contractus est.

4) Fr. 21. §. 2. eod. — Si vivo Titio negotia ejus *administrare coepi,* intermittere mortuo eo non debeo; nova tamen inchoare necesse mihi non est, licet *vetera explicare ac conservare* necessarium sit, ut accidit, quum alter ex sociis mortuus est; nam quaecunque prioris negotii explicandi causa geruntur, nihilum refert, quo tempore consummentur, sed *quo tempore inchoarentur.*

ten negotiorum gestio werden. Insbesondere kann dies der Fall 45 sein, wenn der Schuldner ein vorausgehendes Mandat des Gläubigers nicht verlangte, der Gestor ihn also jedenfalls dann zur Zahlung würde haben bringen können, wenn er unter besonderer Voraussetzung der voluntas domini sich zur cautio de rato erboten hätte[5]).

Es ist hiermit zur Genüge nachgewiesen, daß die selbständige voluntas des Gestors (also ein Wille, der sich zum Zweck seiner juristischen Wirksamkeit nicht erst an das Vorhandensein der voluntas domini als an seine Voraussetzung anknüpft), auch von den Römischen Juristen als die Basis der negotiorum gestio hingestellt wird. Ueberdies ist ja nun in den Hauptpartieen der negotiorum gestio, nämlich beim necessarium und utile negotium, der Grund, auf den im Genaueren der Gestor seine Ersatzforderung gegen den Dominus baut, ein objectiver, wobei das subjective Element der wirklich vorhandenen voluntas domini (abgesehen von hier nicht in Betracht kommenden Nebenpunkten) nicht erforderlich wird. Weil sie aber nicht erforderlich ist, so erscheint sie in diesen Gebieten überhaupt als gleichgültig, da ja (wie Fr. 9. de neg. gest. sagt) quod utiliter gestum est, *necesse est* apud judicem *pro rato haberi.* Wenn man gezwungen werden kann, sich mit der Geschäftsführung einverstanden zu erklären, so ist eine besondere Erklärung der Genehmhaltung etwas ganz Überflüssiges; erfolgt diese aber bei dem utile oder necessarium negotium dennoch, so kann man sie freilich lateinisch, wie auch das oben angeführte Fragment zeigt, mit keinem anderen Namen als dem der Ratihabitio bezeichnen, aber es ist klar, daß hier von keiner

5) Fr. 8. pr. eod. (steht in Zusammenhang mit dem voraufgehenden Fr. 6. §. 12.). — Si autem is fuit, qui negotia administravit, *a quo mandatum non exigebatur*, posse ei imputare, cur *oblata de rato cautione* eum non convenerit, si modo facile ei fuit satisdare.

45 ratihabitio die Rede ist, die das Rechtsverhältniß des Mandates hervorruft.

Und wenn es sich nun nicht um ein utile oder necessarium, sondern um ein voluptarium negotium handelt, so ist es ebenfalls klar, daß die in Betreff desselben schon vorhandene oder erst hinterdrein hinzutretende voluntas domini lateinisch wiederum (und namentlich die letztere Gestaltung) nicht wohl anders, als mit dem Worte ratihabitio bezeichnet werden konnte. Wie sollten wir es auch im Deutschen anders nennen können als Genehmhaltung, und wie könnte es uns einfallen, in Folge einiger Fälle, wo die Genehmhaltung dem Mandate gleichsteht, aus dem Worte den Schluß zu ziehen, daß in allen Fällen die Genehmhaltung die Wirkung des Mandats habe?

Da wir nun wissen, daß beim voluptarium negotium [6]) die Genehmhaltung oder die objectiv bewußte Inactivität des Dominus allerdings durchaus nicht überflüssig, sondern zur Erhebung eines vollen Ersatzanspruches mittelst act. neg. gest. contraria und actio de in rem verso, ebenso wie für die exceptio doli bei den Impensen, wesentlich nöthig ist, — da wir ferner schon in einer Reihe von Stellen die Genehmhaltung des Dominus mit voller Sicherheit unter dem Ausdrucke ratihabitio haben kennen lernen (s. insbesondere Fr. 5. §. 2. de in rem verso, — oben §. 20. — ferner die im §. 35. Note 4. und §. 41. Nr. 7. und 8. citirten Stellen), so löst sich der angenommene Widerspruch jener obigen über die Ratihabition scheinbar ganz Entgegengesetztes aussagenden Stellen einfach in Nichts auf. —

---

46 §. 46. In der Darstellung der Lehre von der negotiorum

6) Und nebenbei auch beim utile; s. oben §. 27. — Einen ganz besonderen Fall, daß die voluntas auch sogar beim necessarium negotium Werth hat, wird der Anhang (§. II. Note 4.) darlegen.

gestio habe ich jetzt den ersten der beiden Punkte, die ich im 46
Anfange des §. 33. hervorhob, erledigt. Die Voraussetzungen des Verhältnisses haben wir kennen lernen, die subjectiven (§. 33.) wie die objectiven (§. 34—45). Die letzteren, die eines weitläuftigeren Eingehens bedurften, enthalten die durch diese ganze Schrift hindurchgeführten drei uns nunmehr vollständig bekannten Klassen des alienum negotium. Indem der positive Rechtssatz, nämlich die eine Einmischung in fremde Angelegenheiten zulassende Prätorische Klage, gegeben worden ist, hat damit die naturalis ratio ihre Reception in das Rechtsgebiet gefunden, das nach constanten Gestaltungen vorliegende Lebensverhältniß ist zum Rechtsverhältniß geworden, und diese constanten Gestaltungen müssen nun auch auf dem Rechtsgebiet im Contact mit anderweiten Rechtssätzen fernere Folgesätze hervorrufen.

Während im Bisherigen die Erkennung der naturalis ratio das eigentliche Ziel der Untersuchung war, habe ich absichtlich damit sogleich allerlei Punkte, die erst weitere Consequenzen derselben auf dem Gebiete des Rechtes sind, am geeigneten Orte verbunden, und glaube doch, nach allem schon bei den Impensen und der actio de in rem verso Bemerkten, eine Undeutlichkeit in Betreff der so besonders wichtigen genauen Trennung der reinen Natursätze von den Rechtssätzen vermieden zu haben.

So ist denn im Bisherigen nicht bloß der naturale Stoff des Verhältnisses erörtert, dem nun als zweiter Theil der Untersuchung die ganze Darstellung des positiven Rechtsverhältnisses gegenüberzustellen wäre, sondern die Verwebung unserer Prüfung der naturalis ratio mit der weitergreifenden Frage von den juristischen (in unserem positiven Recht gemachten) Voraussetzungen des Rechtsverhältnisses, läßt uns als zweite Hälfte nur noch die Betrachtung der Wirkungen des Rechtsverhältnisses und einige andere Fragen über seine Stellung im Rechtsge-

46 biete übrig. Da nun aber oben bereits das Rechtsverhältniß der Impensen und der actio de in rem verso dargestellt worden ist, dem sich das der neg. gestorum contraria, wenn von consequenter Rechtsbildung die Rede sein soll, nothwendig ganz gleichartig gestalten muß, und in der That bei den Römern gestaltet hat, so wird es hier nur einer meist kurzen Zusammenstellung von Sätzen bedürfen, deren Beweis bereits an anderen Orten gegeben worden ist.

---

1. Der Grund, aus welchem dem Gestor gegen den Dominus im positiven Recht ein Anspruch zuerkannt worden, ist derselbe, dem wir schon bei den Impensen (§. 12. Nr. 1.) und bei der actio de in rem verso (§. 23. Note 2.) begegnet sind. Es ist die auf die Trennung jener naturalen Klassen sich stützende *aequitas*. Wenn man das Vermögen eines Anderen vor Schaden bewahrt (necessitas) oder bereichert (utilitas im engern Sinn), so sind das Handlungen, die, ein utile oder ein „alienam conditionem meliorem facere" im weiteren Sinn (§. 23. Note 1.) enthaltend, in keiner Weise als ein schmerzender Eingriff in die fremde Souverainetätssphäre aufgefaßt werden können, und diese naturali ratione im Leben sich bildenden Einmischungsfälle in die Angelegenheiten des Nebenmenschen müssen, das räth die aequitas, auch von der civilis ratio adoptirt werden. Die civilis ratio findet es also nöthig, hier einen Rechtsschutz gegen den dominus negotii zu geben, auch wenn er ganz ignorans also ohne alle Thätigkeit des Willens gewesen sein sollte, und durch die Gewährung dieses Rechtsschutzes wird es denn eben verhindert, daß der Dominus sich durch den Schaden des Gestors bereicherte. — Wo dagegen die Vornahme von etwas Überflüssigem, eine ganz willkührliche Vermögensverringerung, oder ein auf durchaus individuellem Behagen ruhender Aufwand in Frage kommt (voluptarium), da erscheint dies naturali und

civili ratione als ein zunächst ungerechtfertigter Eingriff in die 46
fremde Souverainetätssphäre, als ein zu mißbilligendes „deteriorem facere alienam conditionem," welches nur durch den Willen des Dominus Negotii seine völlig genügende Stütze erhalten kann[1]).

§. 47. — 2. Der Zeitpunkt, von dem an der Anspruch 47
des Gestors gegen den Dominus datirt, ist der, welcher das negotium gestum als eine vollendete Thatsache erscheinen läßt. Eine spätere Veränderung der Verhältnisse kann daher auf den einmal begründeten Anspruch nicht mehr einwirken. Was wir nun unter der vollendeten Thatsache zu verstehen haben, ist bereits oben genauer entwickelt worden und wir haben es nur auf die besonderen Umstände der negotiorum gestio anzuwenden. Daß die Grundsätze, welche in dieser Hinsicht bei den Impensen vorkamen (s. §. 14. Text zu Note 2.), vollständig auch für die negotiorum gestio passen und zur Anwendung zu bringen sind, bedarf gar keiner weiteren Erörterung[1]). In=

1) Fr. 45. §. 2. de negot. gest. — — sed quia *aequum* est, *in damno eum non versari*, actione negotiorum gestorum id eum petere placuit. Fr. 39. eod. — *Solvendo* (s. §. 22. Nr. 4.) quisque pro alio, *licet* invito et *ignorante*, liberat eum; *quod* autem alicui *debetur* (s. §. 41. Nr. 7.), alius *sine voluntate ejus* non potest jure exigere. *Naturalis enim simul et civilis ratio suadet*, *alienam conditionem meliorem quidem etiam ignorantis* et inviti *nos facere posse, deteriorem non posse.* Während Gaius hier ganz kurz und scharf auf die allgemeinen Principien der negotiorum gestio hindeutet, mischt er zugleich einen Punkt (nämlich den invitus dominus) ein, von dem es leicht erkennbar ist, daß er nicht das allgemeine Wesen der neg. gestio sondern nur diesen einen besonderen Fall der Bezahlung einer fremden Schuld trifft.

1) So sprechen sich auch die Römischen Juristen, ganz gleichartig den bei den Impensen citirten Stellen, für die negotiorum gestio aus: Fr. 10. §. 1. de neg. gest. — Sed sufficit, si utiliter gessit, etsi effectum non habuit negotium; et ideo *si insulam fulsit vel servum aegrum curavit*, etiamsi insula exusta est vel servus obiit, aget negotiorum gestorum,

47 deß wir wurden schon bei der actio de in rem verso weiter geführt. Es zeigte sich dort (§. 28.), daß nicht bloß, wenn das in sich selbst gerechtfertigte necessäre Negotium (z. B. das Stützen des Hauses) in Wahrheit zu Stande gebracht und nur hinterdrein (z. B. durch Abbrennen des Hauses) wieder weggefallen ist, dies letztere Ereigniß gar nicht weiter in Betracht kommt. Es fand sich, daß für den mit der actio de in rem verso klagenden **Gläubiger** das necessarium negotium schon als eine vollendete Thatsache dasteht, wenn er zum Zweck der vom Hausunterthänigen zu vollführenden Arbeit (z. B. Stützen des Hauses) nur die materiellen Mittel hergiebt, und die Klage ihm also unverändert verbleiben muß, wenn diese hergegebenen Mittel, z. B. das geliehene Geld, hinterdrein casu verloren gingen, auch noch ehe es überhaupt zum Beginn der Arbeit, etwa dem Stützen des Hauses, gekommen war.

Ganz dasselbe müssen wir nun aber, ebensogut wie oben daraus Rückschlüsse auf die Impensen gemacht wurden (§. 28. Note 2.), auch bei der negotiorum gestio zur Anwendung bringen. Freilich bei einer Geschäftsführung, die lediglich gegen die Sache des Dominus gerichtet ist (§. 31. Note 1.), wird sich schwerlich ein Boden der Anwendung denken lassen. Wenn der Gestor das Haus des Dominus stützen will und dazu eine Rolle Geldes aus eigener Casse bestimmt, so kann, falls dies Geld vor dem Beginn der Arbeit casu untergeht, er es keinenfalls dem Dominus anrechnen. Der Grund ist, weil er einseitig dem Hause gegenüber sein eigenes Vermögensstück nie in eine Stellung bringen kann, daß es aus seinem Vermögen als genügend abge-

. . . . . . ut enim eventum non spectamus, *debet utiliter esse coeptum.* Fr. 37. §. 1. eod. — Si pecuniae quis negotium gerat, usuras quoque praestare cogitur, et periculum eorum *nominum quae ipse contraxit, nisi fortuitis casibus debitores ita suas fortunas amiserint*, ut tempore litis ex ea actione contestatae solvendo non essent.

sondert und in die Geschäftsführung hineingesteckt erscheint. 47
Alle seine Destination eines bestimmten Vermögensstücks zu der Arbeit, ist eine innerliche Willensbestimmung, ist noch nichts (wie dies bei juristischen Willensacten stets erforderlich ist) äußerlich zur That Gewordenes. Steckt dagegen der Gestor seine Geschäftsführung in die Form einer Contractschließung mit einem Dritten (§. 31. Note 1.), leiht er also etwa in der Absicht das Haus des Dominus zu stützen und mit Hervorhebung dieses Zwecks Geld an, so ist die Angelegenheit bereits aus dem Stadium, daß sein Wille noch in jedem Augenblicke beliebig und unbemerkt sich ändern könnte, herausgetreten. Die Geschäftsführung ist im Gange, sie ist nicht als ein Plan, sondern als eine vollendete Thatsache äußerlich geworden, und ebenso wie nun der Gestor culpa zu prästiren hat in der Durchführung des Begonnenen, so hat er umgekehrt von der anderen Seite casus nicht zu prästiren. Also der Untergang des geliehenen Geldes fällt auf den Dominus, das Geschäft war, was genügt, utiliter coeptum gewesen [2]).

Ein weiterer Punkt ist, wie sich das im §. 29. für die actio de in rem verso besprochene Tragen der Gefahr beim negotium *utile* im engern Sinn für die Negotiorum Gestio verhalte. Es bedarf indeß nur der kurzen Bemerkung, daß was sich dort als folgerichtig erwies nun auch hier für die negotiorum gestio gelten muß. Während sich dort zum äußeren Beweise der Ausspruch eines Römischen Juristen nicht anführen ließ, ist dies hier zufällig der Fall [3]).

---

2) Der Beweis, daß die Römer diese nothwendigen Schlußfolgerungen in der That gemacht haben, findet sich in dem §. 28. Note 3. abgedruckten Fr. 17. pr. de in rem verso.

3) Fr. 6. §. 3. de neg. gest. (s. §. 40. Nr. 8.). In dem id quod ei abest liegt die Hinweisung auf das was man bei den necessaria negotia

47 3. In Betreff des Gegenstandes der actio negotiorum gestorum contraria glaube ich nach allem Voraufgehenden weitere Beweisführungen nicht mehr nöthig zu haben. Es muß hier genau dasselbe gelten, was ich oben (§. 27.) als den Gegenstand der actio de in rem verso nachgewiesen habe. Also aus einem necessarium negotium geht die Klage in solidum auf das „quod gestori abest.“ Aus einem utile ist sie dreifach denkbar: wenn die wirkliche voluntas domini vorliegt, ebenfalls in solidum; wenn nur die probabele voluntas, auf das um was der Dominus objectiv reicher geworden ist, und, falls dies sich höher beläuft als die Auslagen des Gestors, nur auf diese letzteren; endlich wenn das utile negotium den concreten Verhältnissen des Dominus widerspricht, so darf gegen die Klage auf die Bereicherung der Dominus das tollere anheimstellen, kann dies tollere aber, wenn es physisch möglich ist, noch durch Zahlung des Werthes, den die weggenommenen Sachen haben würden, abkaufen, und kann wo das tollere physisch nicht zulässig erscheint, die ganze Sache ohne Ersatz behalten. Bei dem voluptarium negotium geht die Klage zunächst nur auf Gestattung des tollere, soweit es ohne Beschädigung des Dominus möglich ist, bei hinzukommender wirklicher voluntas aber in solidum.

Diese Sätze sind, obgleich sie in ihren Einzelheiten bei der negotiorum gestio durch keine Quellenstellen belegt werden können, zunächst als Römisches Recht d. h. als dem Bewußtsein der Römischen Juristen entsprechend und implicite in der Justinianischen Compilation steckend hinzustellen. Aber mehr, sie sind auch nicht wohl zu umgehende Consequenzen für ein jedes positive Recht, das im Gebiete dieser Lehre dem naturalen Boden volle Anerkennung gewähren will.

48 §. 48. — 4. Ich schließe meine Untersuchung mit der

einklagen kann, welches durchzusetzen ist, auch wenn es beim Beklagten wegen späterer Unglücksfälle nicht mehr vorhanden ist.

Frage, als was für eine Art von Obligation wir dem factischen 48
Grunde nach die Negotiorum Gestio bezeichnen können.

Nach einem heutzutage mit dem Begriff der Fiction vielfach getriebenen Mißbrauch, welcher sich auf Unklarheit über das dogmatische Wesen der Fictionen stützt[1]), muß besonders davor gewarnt werden, daß man nicht etwa glaube, die negotiorum gestio mit der Bezeichnung eines fingirten Contracts schon irgend innerlich charakterisirt zu haben. Daß sie in **Fr. 16. de neg. gest.** (vgl. §. 33. Nr. 2.) ein *contractus* genannt, im Übrigen aber als sg. Quasi-Contract bezeichnet wird[2]), damit ist ja dogmatisch noch gar nichts gesagt. Sie ist dadurch nur mit den Contracten zusammengestellt, es wird damit ausgesprochen, daß (ebenso wie z. B. die Unmöglichkeit der Leistung gegenüber der Zahlung) sie gleichviel wiegen, dieselbe Bedeutung haben soll, wie ein Contract. Diese Bemerkung aber hat hier ganz vorzugsweise eine historische Richtung. Die Contracte sind ein gewisser historisch den Römern gegebener positiver Rechtsstoff, in dem sie zu einer bestimmten Zeit allein die obligatorische conventio zweier Personen für klagbar erklärten. Als das practische Bedürfniß (utilitatis causa) sie weiter trieb,

1) Wenn z. B. Fr. Mommsen in seiner sorgfältig gearbeiteten Schrift über die Unmöglichkeit der Leistung, angelehnt an einige Stellen der Römischen Juristen (z. B. Fr. 15. de jure dot. „quodsi per eum non stetisset, *perinde pretium aufert, ac si tradidisset*") als Princip die Fiction der Erfüllung hinstellt, und daraus den Schluß zieht, „daß wir es als das Natürliche und dem Wesen der gegenseitigen Obligation Entsprechende anzusehen haben, daß das Wegfallen der Leistung, sofern es nicht durch die Erfüllung erfolgt, auch den Wegfall der Gegenleistung zur Folge habe" (S. 349), — so ist damit dem naturalen Boden der Frage, wie die Römer ihn vor Augen hatten, und durch dessen selbständige Untersuchung auch von uns die Sache allein wahrhaft förderud erfaßt werden kann, von vorn herein der Rücken gekehrt.

2) §. 1. I. de obl. quasi ex contr.

48 fanden sie, wie das einmal die weise Art der Römer war, sich stets gedrungen, die neu einzuführenden Obligationen an den bestehenden und bewährten Rechtsstoff anzulehnen, sei es um durch diese Anlehnung überhaupt erst einen Boden für das neu Einzuführende zu gewinnen, sei es (wie dies bei der neg. gestio der Fall ist, wo der eigentliche Grund der Einführung im Prätorischen Edict liegt) um für die weitere Construction des Rechtsverhältnisses, die Trennung in actio directa und contraria u. s. w. naheliegende und Jedermann bekannte Anhaltspunkte zu haben. Das dagegen, was in Wahrheit dogmatisch der Grund der Klage ist, wollen die Römer in jenen Ausdrücken gar nicht angeben.

Was nun dieser Grund sei, wird nach den vorliegenden Resultaten dieser Schrift vielleicht nicht weiter als zweifelhaft erscheinen. Es kommt hier nicht mehr darauf an zu beweisen, sondern nur zusammenzustellen.

Während bei den Vertragsobligationen der Grund, auf dem sich das Verhältniß aufbaut, sich als ein sehr einfacher (nämlich der sich zusammenschließende Wille) darstellt, so ist es bei der Negotiorum Gestio ein complicirtes feines Gewebe, auf dem das Verhältniß ruht. Vorzugsweise kann man sie eine Zustandsobligation nennen. Die Thatsache der Einmischung, also der Zustand des objectiven Ergriffenseins eines Privatsouverainetätskreises von einem fremden Willen das ist die eigentliche Basis des Verhältnisses, und die für die actio directa auch ganz allgemein genügende[3]). Für die contraria

3) Fr. 3. §. 7. de neg. gest. (Ulp.) — Haec autem actio, quum *ex negotio gesto oriatur.* Fr. 6. §. 11. eod. (dem Julianus zugeschrieben, ich möchte aber mit Haloander glauben: aus *Ulpian.* lib. 10. ad Ed., der nur hinter Fr. 5. §. 1. eine Stelle aus Julianus lib. III. Digest. citirte, wonach man denn fälschlich alles Folgende dem Julian zuschrieb, ebenso wie nachher bei Fr. 8. §. 3. eod.) — nec possit, quod alii acquisitum est *ipso gestu*, hoc tuum negotium videri.

dagegen zeigten sich die verschiedenen Arten des im Leben vor- 48
kommenden Einmischens in fremde Angelegenheiten von zu abweichendem naturalen Schwergewicht, um bei der Voraussetzung, daß die Einmischung den Dominus nicht schmerzlich treffen soll, als eine einzige gleichartige Masse behandelt werden zu können. Die Scheidung der drei Klassen mußte davon die Folge sein, wonach denn drei Stufen übereinanderstehen, in denen das Element der Zustandsobligation schrittweise immer schwächer wird. Beim necessarium negotium bildet es die eigentliche Grundlage, wobei nur gewisse concomitirende subjective Elemente, insbesondere einerseits die contemplatio domini, andererseits der probable Wille[4]) des Dominus, nebenbei erforderlich werden. Beim utile negotium schwächt es sich schon so ab, daß das (ohne Zusammenschließung zu einem Vertrage erfolgende) materielle Zusammentreffen der voluntas des Gestors und der (wirklichen nicht bloß probablen) des Dominus hier schon ein selbständig wirkender Theil der Grundlage des Verhältnisses wird. Beim voluptarium negotium endlich ist der objective Zustand des Ergriffenseins der fremden Souverainetätssphäre der Art, daß er an sich nur sehr schwache Wirkungen äußern, und lediglich durch jenes materielle Zusammentreffen der voluntas des Gestors mit dem wirklichen Willen des Dominus[5]) wieder zu höherer Bedeutung erhoben werden kann, welcher letztere Wille denn aber auch bei manchen Gestaltungen im

4) Ich gebrauche den Ausdruck „probabler Wille" fortwährend in dem besonderen Sinn der Nachweislichkeit der Voraussetzung, daß der Dominus nach seinen concreten Verhältnissen „eadem facturum fuisse" (§. 21. Note 2 u. 3. §. 33. Nr. 2.); ein Begriff, der durch die Worte „vermuthlich, hypothetisch" noch weniger scharf bezeichnet sein würde.

5) Der probable Wille des Dominus, welcher ein wesentliches concomitirendes Element des objectiven Begriffs vom utile negotium noch ebenso bildet, wie dies beim necessarium der Fall ist, fällt beim Begriff des voluptarium negotium als bedeutungslos hinweg.

48 Stande ist, das objective Moment ganz zu ersetzen (z. B. §. 12. Note 1.)

Wollen wir es also kurz ausdrücken, so ist der Grund der negot. gest. contraria ein doppelter. Das objective Erfaßtwerden des fremden Souverainetätskreises, und das materielle nicht=vertragsmäßige Zusammentreffen der beiderseitigen wirklichen voluntas [6]) sind die beiden Elemente, welche im umgekehrten Verhältnisse der Stärke und Schwäche den factischen Boden bilden, auf dem der von unserem positiven Rechte anerkannte Anspruch des Gestors ruht.

---

6) Dieser zweite Punkt ist für unsere Lehre zuerst selbständig hervorgehoben worden von Ruhstrat, und wird dann nur leider wieder von ihm bis zur gänzlichen Unkenntlichkeit der Lehre gemißbraucht. Die heutzutage herrschende Unselbständigkeit in der dogmatischen Behandlung unserer Römischen Rechtsinstitute macht es überhaupt, daß dieses Ding in seiner Verschiedenheit von den Verträgen, ferner in Betreff der Frage, wo im Rechte es noch sonst als Fundament in Rechtsverhältnissen auftritt (die hier besprochene Lehre ist nämlich keineswegs der einzige Fall), für unsere Wissenschaft als ein gänzlich unbekanntes Etwas dasteht. Ja nicht einmal einen technischen Namen hat man für diesen ungetauften kleinen Bürger des Rechtsgebiets bisher zu suchen das Bedürfniß gefühlt. Vielleicht empföhle sich (wenn ich den Act der Taufe hiemit in Vorschlag bringen darf) im Gegensatz der Willenseinigungen (Verträge) der der Willensgemeinschaft.

V.

Resultate für die neueren Gesetzgebungen.

§. 49. Ich habe im Bisherigen zwei Zwecke verfolgt, und 49
parallel neben einander durchgeführt. Der eine war die möglichst reine Reproduction des Römischen Rechts in den vorliegenden Lehren. Ich habe damit das in den Ländern des gemeinen Rechts noch heutzutage practisch anwendbare Recht dargestellt, und zwar, ohne daß es noch irgend eines Zusatzes bedürfte, in Betreff der Impensenlehre und der negotiorum gestio. Diese beiden Institute sind ohne allen Zweifel in Deutschland recipirt, und in keiner Weise durch neuere Gesetzgebung oder Deutsches Gewohnheitsrecht umgestaltet worden. Man hat hier stets rein das Justinianeische Recht anwenden wollen, auch wenn man den Inhalt desselben nicht immer richtig verstand. In Betreff der actio de in rem verso ist es ebenfalls außer Frage, daß diese schon bei den Römern innerlich mit der negotiorum gestio ganz gleichartige Lehre ihrem ganzen materiellen Gehalte nach bei uns gemeinrechtlich zur Anwendung kommt. Es ist davon nur noch der verhältnißmäßig unwichtigere Punkt zu trennen, ob und aus welchen Gründen für uns vielleicht auch noch die formelle Scheidewand gefallen ist, welche früher bei den Römern die actio de in rem verso (d. h. die Klage des mit der hausunterthänigen Person contrahirenden Dritten, die eine sogenannte actio adjectitiae qualitatis ist) von der negotiorum gestio

49 (d. h. der nicht bloß vom Gestor sondern auch von dem etwa mit ihm contrahirenden Dritten anzustellenden Klage) trennte[1]). Ich lege diesen Punkt mit der ganzen Frage von der Stellung des Dritten bei der negotiorum gestio hier bei Seite.

Der zweite Zweck der bisherigen Untersuchungen war für mich der ungleich wichtigere. Ich habe versucht die vorliegenden Lehren dogmatisch zu analysiren, und an diesen speciellen Beispielen zu zeigen, was ich, nachdem in dem mannigfach mißverstandenen und unverstandenen ersten Hefte dieser Studien nur die allgemeinen Gesichtspunkte aufgestellt werden konnten, im Genaueren darunter verstehe. Es lag mir daran, deutlich zu machen, daß es sich um eine Art der Untersuchung handelt, welche ganz andere Schwerpunkte, Gränzen und Ziele hat, als die historische Untersuchung der Rechtsinstitute, welcher letzteren in ihrer vollen Wichtigkeit dadurch gar kein Abbruch geschieht, — es handelte sich ferner darum nachzuweisen, daß es ein Gang der Untersuchung sei, der jener bloßen Reproduction des Römischen Rechts ganz selbständig gegenüberstehe, ohne dadurch im Mindesten zu einer Ignorirung desselben zu führen.

Ich habe mir eine Lehre ausgesucht, die auf naturalis ratio ruht, um gerade an ihr die Auseinanderlegung des Bereichs der Natursätze und andererseits des Rechtsgebietes anschaulich zu machen. Heutzutage behauptet man, eben weil man von der naturalis ratio sehr wenig weiß, daß sich höchstens einige allgemeine Regeln aus derselben ableiten lassen, die feinere und feinste Nüancirung der Sätze doch aber immer erst auf dem Gebiete des Rechts statt finde. Greifen wir, um die Sache möglichst scharf zu constatiren, noch einmal zurück in den großen Stoff, der hinter uns liegt.

Nehmen wir einmal in einem Lande eine Zeit an, in der ein Rechtsinstitut der negotiorum gestio noch nicht besteht; also

1) Wie Savigny Obligationenrecht II. S. 53. annimmt.

z. B. bei den Römern die Zeit vor der Einführung des Edicts 49
über die neg. gestio. Meint man etwa, daß in einer solchen Zeit keine Fälle vorkämen, wo ein Nachbar seines abwesenden Bekannten wankendes Gebäude stützt, dessen krankem Vieh beispringt, die dringendsten Feldarbeiten auf sich nimmt? Ist nicht der Gang der, daß wegen vieler solcher schon vorliegenden Fälle sich eben das practische Bedürfniß zeigt, hier ein Rechtsinstitut zu schaffen? Zergliedern wir nun einmal nur in großen Zügen, was denn in jenen vorher liegenden Fällen steckt.

Der Nachbar, der sieht, daß Niemand sich der Angelegenheiten des Abwesenden annimmt, faßt den selbständigen Willen, sich der Sache zu unterziehen. Er hat also keinen Auftrag, er geht auch nicht zum Zimmermann, um bei ihm die Stützung des Hauses unter der Voraussetzung, daß der Abwesende es hinterdrein genehmigen würde, zu bestellen. Er stellt sich von vornherein, indem z. B. der ausführende Zimmermann die Sache nicht anders übernehmen will, ganz selbständig auf seinen eigenen Entschluß, sein Wille ist der Veranlassungsgrund der ganzen Besorgung, und demgemäß ist sein Zweck, dem Abwesenden einen Gefallen zu thun. Diesen seinen Zweck aber würde er vielleicht gar nicht erreichen, wenn er, ein Wohlhabender, die Stützung des Hauses des armen Abwesenden in einer Weise anordnen wollte, wie er selbst zu bauen pflegt. Sein Wille ist ja, in die Angelegenheiten des Abwesenden hinüberzutreten, sich an dessen Stelle zu setzen. Er würde sich selbst widersprechen, wollte er es anders ausführen, als wie er sich denkt, daß der Abwesende selbst verfahren haben würde. Hat er nun aber dies wirklich gethan und das Haus vor dem Einsturz gerettet, so steckt ja eben physisch sichtbar seine Thätigkeit in dem Hause, sie erscheint damit unzertrennlich, und eben weil die Sache vor drohender Gefahr gerettet ist, so fällt es dem rückkehrenden Ab-

49 wesenden nicht erst noch ein, die geschehene Arbeit eigens zu genehmigen, er bedankt sich vielmehr schönstens in der Freude, der Gefahr entgangen zu sein, und ersetzt dem gefälligen Nachbar seine gesammten Kosten, deren Erstattung dieser auch erwartet hatte, wenn gleich in dem vollen Bewußtsein, daß er nicht klagen könne.

Was liegt denn nun in der Geschichtserzählung dieses einfachen und, wie man wohl zu sagen pflegt, ganz normal (d. h. mit voller gegenseitiger Befriedigung) verlaufenden Falles? Das wäre etwa nicht naturalis ratio? Und das wären etwa nicht feine und feinste Nüancirungen, und zwar wahre gleichsam das Blut des Falles bildende *Regeln*, welche die einzelnen Thatsachen, in die er zerfällt, erst innerlich erklären, und den Grund enthalten, weßhalb hier gerade Alles zu beiderseitiger voller Zufriedenheit verläuft? Und das wären also nicht Regeln, die mit dem Rechte noch gar nichts zu thun haben, und zwar Regeln, die freilich sehr einfach aussehen, und bei denen denn doch wohl eine gewisse Schwierigkeit der Bloslegung vorhanden sein muß, da (ganz abgesehen von dem Vergessen ihrer naturalen Stellung) manche derselben bis auf die Gegenwart unter uns überhaupt gar nicht erkannt worden sind?

50 §. 50. Neben solchen Fällen, die ganz „normal" oder „regulär" d. h. nach den in der *Natur der Sache* (im wahren Sinne des Worts) steckenden Regeln verlaufen, besteht nun schon immer von vorn herein eine gewisse zwingende Kraft, die des *Sittengesetzes*. Den einzelnen Gestor, welchen einmal Eigensucht und Eigenwille versucht, das Geschäft nicht nach der concreten Lage des Abwesenden und es also für denselben unpassend einzurichten, ihn treibt das sittliche Gefühl (das ihm sagt, daß dies ja den Anderen unangenehm berühren würde), die Verlockungen seines Eigenwillens zurückzudrängen. Und umgekehrt z. B. der Abwesende, dem die Liebe zum Gelde zu-

nächst zuraunt, er brauche dem Gestor ja nichts zu ersetzen, er 50
erkennt sich denn doch für moralisch verpflichtet es zu thun.

Aber es bleibt unter den Menschen nun einmal nicht dabei stehen, daß alle Fälle von vorn herein regulär verlaufen, oder wenigstens daß die Versuchungen der Eigensucht stets durch das sittliche Gefühl unterdrückt werden. Für manche Menschen ist das Sittengesetz nicht von hinreichender Zwangskraft, und so erfolgt denn ein Bruch, es vollführt also z. B. ein Gestor das Geschäft ganz willkührlich und eigenmächtig, oder der Abwesende erklärt eine ganz regulär ausgeführte Stützung des Hauses nicht vergüten zu wollen. Zunächst bleiben die Folgen dieses Bruchs noch ganz im Gebiet des Sittengesetzes. Es erfolgt nämlich ein sittliches Richten, jeder Unparteiliche erkennt dem Verletzten an, daß der Gegner sich schlecht und unverantwortlich benommen habe.

Gar viele Lebensverhältnisse der Menschen bleiben stets auf dieser Stufe stehen, aber bei anderen, und so auch im vorliegenden, treibt die Sache weiter. Wenn allmälig eine größere Zahl von Fällen sich aneinanderreiht, in denen eine „Irregularität“ (wie wir es einmal nennen wollen) des Verlaufs eintritt, so wird die einfache Folge davon sein, daß dies auch wieder einen entgegengesetzten Rückschlag hervorruft. Wer von mehren Fällen gehört hat, wo z. B. der Rückkehrende dem ohne Tadel gerirenden Nachbar die vollen Auslagen nicht ersetzen wollte, der wird sich hüten, wenn ihm einmal ein ähnlicher Fall vorkommt, und er nicht etwa ein ganz specielles Zutrauen zu dem Charakter des Abwesenden hat, sich in die Weitläuftigkeiten der fremden Besorgung einzulassen. Und solche oft sich ereignende Fälle sind ja nun wieder eine allgemeine Calamität für sämmtliche Abwesende, die, wenn ihnen bei ihrer Rückkehr ein empfindlicher Schaden, der noch rechtzeitig hätte verhütet werden können, entgegentritt, nun wahrlich gerne mit dem Er-

50 satz der Auslagen das Nichtgeschehensein des Schadens erkaufen mögten.

Solche Zustände sind es, die endlich dahin treiben, daß entweder (auf dem langsamen Wege der gewohnheitsrechtlichen Bildung) das allgemeine Volksbewußtsein wach gerufen wird, oder eine die Bedürfnisse des Lebens beobachtende legislatorische Autorität sich in Bewegung setzt. Es soll nicht bloß der feinere aber schwache Schutz des sittlichen Gefühls, es soll auch der gröbere, äußerlich in eine bestimmte Gestalt gebrachte, und von dem Richter aufrecht erhaltene Schutz des Rechtes eintreten. Es setzt sich der Rechtssatz als äußerlich bindende Norm, und ebendeßhalb als eine Wohlthat für Alle [1]). Nun aber dieser Rechtssatz, was soll denn sein Inhalt sein? Wenn wir auch an und für sich sagen, daß die rechtsetzende Gewalt ganz frei sich bewegen kann, wozu setzt sie sich denn hier in Bewegung? Sie findet es *aequum*, daß die Regeln, die in jenem normalen Verlauf des Falles, wie ich ihn oben angab, enthalten sind, mit stärkerem Schutz versehen werden, als das Sittengesetz ihn zu gewähren vermag. Wie kann es also anders sein, als daß dasjenige was die treibende Kraft war, um die subjective aequitas der rechtsetzenden Gewalt in Bewegung zu setzen, das was als objectiv vorhandener Stoff schon vorliegt, nämlich die naturalis ratio, nun auch als Inhalt des Rechtssatzes auftritt? Civilis und naturalis ratio treffen hier zusammen, das, was als normaler Verlauf des vorliegenden Verhältnisses auch schon ohne das Recht im Leben vorkommt, das soll nun eben durch den Rechtssatz möglichst zu einer gegen Eigensucht, Willkühr und schlechte Leidenschaften geschützten, unverletzten oder wenigstens nicht ungeahndet verletzten, äußeren Durchführung unter

1) Fr. 1. de neg. gest. — Hoc edictum necessarium est, quoniam magna utilitas absentium versatur, ne indefensi rerum possessionem etc. patiantur. §. 1. I. de obl. quae quasi ex contr. „utilitatis causa“ etc.

den Menschen gelangen. Die naturalis ratio ist hier also 50
die **materielle** *causa* des Rechtes, sie ist, wie der Baum, ein selbständiger **Organismus**, der nun auf den Boden des Rechts verpflanzt wird.

Wenn nun so der Rechtssatz sich gestaltet hat, meint man etwa, daß die naturalis ratio aufhöre das zu sein, was sie bisher gewesen war? Wohl scheinen sie nun wie zwei aufeinanderliegende Kreise ein einziges Ding, aber ein kundiges Auge wird sie stets zu scheiden verstehen. Die naturalis ratio ist, so sicher sie besteht, keineswegs immer etwas leicht Erkanntes. Beweis dafür bietet unsere ganze gegenwärtige Wissenschaft, Beweis bietet auch gerade die Römische, die nur unter fortwährendem Stolpern trotz der vollen Erkenntniß des richtigen Weges und ganz eminenter geistiger Begabung den Berg der Wahrheit hinangeklommen ist. Und vollends ist die geistige Kraft eines Einzelnen durchaus unzureichend, das ganze organisch zusammenhängende Reich der naturalis ratio ohne Irrthümer zu umfassen. Darin liegt, daß auch der Gesetzgeber, selbst indem er (bewußt oder unbewußt) lediglich die naturalis ratio auszudrücken getrieben wird, oft ganz unrichtige Sätze zu Stande bringen kann. Und meint man nun etwa, daß bei dem Bestehen eines ganz verkehrten Rechtssatzes oder bei dem Vorhandensein durchaus verschiedener Rechtssätze in verschiedenen Ländern, die Triebfedern und Momente verändert werden, welche es bewirken, daß in allen diesen Ländern Fälle vorkommen, in denen in regulärer allseitig befriedigender Weise der Eine des Anderen Geschäfte besorgt?

Aber auch abgesehen von einem mangelhaften Erkennen der naturalis ratio ist noch in anderer ganz begründeter Weise ein selbständiges Bestehen der Natursätze und der Rechtssätze vorhanden. Das Wesen des Rechts fordert äußere wenn auch keineswegs alle Consequenzen umfassende Fixirung, die Natur-

50 sätze sind flüssig im Leben steckende. Der Rechtssatz in seiner äußerlichen Fassung bekommt, auch wo sein Inhalt dem Natursatz ganz gleich sein soll, seine besondere, mit dem Gefaßtwerden in Worte unzertrennliche, äußerlich harte Gestalt. Der Natursatz ist das Wasser, der Rechtssatz das Eis. Der Richter wendet im Rechtssatz den Natursatz an, aber immer in den Gränzen, die ihm die rechterzeugende Gewalt geben wollte, und bei denen oft die verschiedensten Rücksichten der civilis ratio ein Abweichen von der naturalis ratio rathsam machen. In der Impensenlehre z. B. sind die Abweichungen, welche die her. petitio darbietet, zweckmäßige Modificationen der civilis ratio. Ferner nun aber sind die Sätze der naturalis ratio, so innerlich-fein sie sind, durchaus nicht geeignet äußerlich-scharfe Satzungen zu bieten, wie sie das Recht fordert. Man kann vom Wasser nicht verlangen, daß es scharfe und spitze Ecken habe wie das Eis. Also z. B. wie viel Zinsen der Gestor oder umgekehrt der Dominus verlangen könne, das sagt die naturalis ratio nicht. Der Rechtssatz hat hier nur darauf zu sehen, daß in diesen Satzungen der naturale Gedanke sich consequent auf dem Boden des Rechts weiter gezogen erweise. Endlich nun aber die Art, wie das naturale Verhältniß einen äußeren Schutz vor dem Richter erhalten soll, ist etwas der naturalis ratio ganz Fremdes. Ob der Eine oder der Andere eine Klage oder nur eine exceptio haben, ob das jus tollendi ein Wegnehmen des Einen oder Rückgeben des Anderen sein soll u. s. w., das sind alles Fragen für die nach den Zwecken und Voraussetzungen des Rechtsgebietes klug abmessende civilis ratio, und wir können uns für die vorliegende Lehre mehrfache Gestaltungen ausdenken, wonach dieselbe äußerlich ganz verschieden aussieht, ohne daß darum innerlich die eine wie die andere weniger auf die naturalis ratio gebaut wäre; Verschiedenheiten, zwischen denen vielleicht noch ein Vorzug der Zweckmäßig-

keit, vielleicht aber auch für verschiedene Länder eine sich ganz 50
gleichstehende Berechtigung statt findet.

§. 51. Durch die Auseinanderlegung der Elemente, aus 51
denen die in dieser Schrift behandelten Rechtsinstitute dogmatisch bestehen, ist ein Standpunkt gewonnen worden, auf dem wir *über* der positiven Gestaltung derselben in einem einzelnen Lande oder Volke uns befinden. Unsere Lehre, eben weil sie eine naturale Rechtslehre ist, enthält Fragen, bei deren Beantwortung eine *materielle Wahrheit* (das s. g. materielle Recht) existirt und von der Wissenschaft gefunden werden kann. Aber um so wichtiger ist es, hievon diejenigen Theile der Lehre stets zu scheiden, die, als der civilis ratio angehörig, (ebenso wie z. B. die Lehre von der Klagverjährung) keine absolute Wahrheit sondern nur relative Zweckmäßigkeit zulassen.

Weil nun unsere Lehre auf naturalem Boden ruht, so strebt sie auch danach jus gentium zu werden, und in der That hat es sich von selbst verstanden, daß *die neueren Gesetzgebungen* sie mit in den Kreis ihrer Bestimmungen aufnahmen. Ich gehe nunmehr, indem es vorzugsweise mein Zweck ist, den ganzen in *Deutschland* geltenden Rechtszustand zu veranschaulichen, zu der Betrachtung des in jenen Gesetzgebungen Enthaltenen über. Es bedarf aber der Voraussendung mehrer Bemerkungen, um die Stellung genau zu bezeichnen, in der wir nach dem in der vorliegenden Schrift eingenommenen Standpunkte diesen Gesetzgebungen gegenüber stehen.

Es ist, da ich alle historischen Untersuchungen hier überhaupt bei Seite lasse, nicht meine Absicht nachzuweisen, welche einzelnen Punkte aus dem Römischen Rechte in die neueren Gesetzgebungen übergegangen sind. Es handelt ferner sich nicht bloß darum, wie es heutzutage vielfach geschieht, diese Gesetzgebungen bloß zur äußerlichen Vergleichung dem Römischen Rechte anzufügen. Im Gegensatze zu der herrschenden Methode, welche

unmittelbar lediglich auf die Rechtssätze ihr Augenmerk richtet, und erst durch diese hindurch zu den Gestaltungen des Privatlebens hinüberschaut — sind wir im Bisherigen darauf ausgegangen, zunächst selbständig das Leben zu prüfen und dem dann erst das Recht gegenüberzustellen. Danach versteht es sich denn aber auch von selbst, daß wir diesen für richtig erkannten Weg nicht bloß dem Römischen sondern dem Rechte jedes Landes gegenüber zu gehen haben. Es wird also darauf ankommen, die neueren Gesetzgebungen nicht aus dem Römischen Rechte heraus zu interpretiren, sondern von dem höheren Standpunkte aus, auf den wir uns (allerdings mit Hülfe der Römischen Juristen) gestellt haben, zu analysiren, und somit wirklich innerlich zu verarbeiten.

Da wir hier eine naturale Rechtslehre vor uns haben, so liegt darin auch für die neueren Gesetzgebungen Folgendes. Die Klassen des necessarium, utile und voluptarium negotium enthalten die sämmtlichen Formen, in denen das Einmischen in fremde Angelegenheiten überhaupt vorkommt. Die naturalen Gestaltungen des einen oder anderen dieser negotia, die in ihnen liegenden Momente, wonach der einzelne normale Fall der einen oder anderen Klasse im Leben mit beiderseitiger Zufriedenheit ohne alle erst noch wieder zu sühnende Störung verläuft, das ist etwas im Leben *reell Existirendes*, und zwar existirt es in derselben Gestalt, wie es bei den Römern bestand, so auch selbständig in unserem Deutschen Leben, und zwar ebenso in Preußen und Österreich wie in den Ländern des gemeinen Rechts. Das also was wir als diese reell existirende naturalis ratio erkannt haben, kommt dem Preußischen und Österreichischen Rechte gegenüber so gut in Betracht, wie dem von Justinian zusammengearbeiteten und durch positives Gewohnheitsrecht formell bei uns geltenden Corpus juris gegenüber. Die naturalis ratio ist hier der wirklich lebende natürliche Körper, der nun

freilich nicht nackt und ungeschützt bleiben, sondern dem das 51 wohlthuende und sichernde Kleid des Rechts übergezogen werden soll, aber so viel auch dem Menschen bei Verfertigung dieses Kleides Spielraum für größere und geringere Zweckmäßigkeit, für Mode und Willkührlichkeit gelassen ist, so kann denn doch wahrlich die Frage, ob das Kleid paßt, nicht aus dem Kleide sondern aus dem zu bekleidenden Körper entnommen werden. Und wenn wir nun je nach den verschiedenen Ländern verschiedene Rechtskleider für einen und denselben Körper vorfinden, so kann natürlich die Antwort über Güte, Zweckmäßigkeit und richtiges Maaß des einen oder anderen Kleides gar verschieden ausfallen.

§. 52. Und in der That fällt denn auch für das Römische 52 Recht und andererseits für die neueren Gesetzgebungen die Antwort keineswegs übereinstimmend aus. Nach dem bekannten Charakter der letzteren, demzufolge der gesetzgeberische Wille vorherrschend Alles von dem civilen Standpunkte der frei ermessenden Zweckmäßigkeit aus ordnen zu können meinte, ist an ein bewußtes Erkennen und geistiges Beherrschen der sämmtlichen Beziehungen der naturalis ratio von vorn herein nicht zu denken. Einen ganz anderen Eindruck macht dem gegenüber das Corpus juris. Indem wir darin die Untersuchungen der feinsten Köpfe, welche Jahrhunderte lang dieser Lehre nachgesonnen haben und darin allmälig immer klarer wurden, niedergelegt finden, so haben wir hier eine immer frisch sprudelnde Quelle für unser eigenes Studium vor uns. Aus dem Corpus juris können wir für die Erkennung der Wahrheit außerordentlich viel, aus den neueren Gesetzbüchern sehr wenig lernen. Aber hüten wir uns, in einseitiger Vorliebe für das Römische Recht hiemit die Antwort über Güte, Zweckmäßigkeit und richtiges Maaß des Rechtskleides schon für erledigt zu halten.

Die Wissenschaft, die den civiles und naturales rationes

52 nachforscht, wünscht und wird stets wünschen die Disputabilität der Rechtsregeln, um ihre Fassung in jedem Augenblick ändern zu können. Die Praxis oder das practische Rechtsleben[1]) dagegen wünscht und wird stets wünschen die indisputable Fassung der Rechtsregeln, um sie mit voller Sicherheit auf das gestörte einzelne Lebensverhältniß anwenden zu können. Beide Ansprüche sind an sich berechtigt, aber sie fordern eine sich gegenseitig Rechnung tragende Ausgleichung, und eine solche Ausgleichung ist möglich, wenn auch die gegebenen Zustände der Völker derselben nicht immer gleich günstig sind. Das Corpus juris enthält nun jenen Vorzug des außerordentlichen Werthes für die Wissenschaft auf Kosten des Zwecks, den es für die Praxis ausfüllen soll. Und in unserer Lehre ganz vorzugsweise. Ist es doch bis auf die Gegenwart ganz vorherrschend unklar gewesen, was für Regeln das Corpus juris über die negotiorum gestio aufstellt! Die Praxis aber fordert eine „künstlerisch" gerundete[2]), sichere äußere Fassung der Rechtsregeln, und in dem Streben dies zu erlangen, sind die neueren Legislationen vollständig berechtigt. Leider daß dabei nach so vielen Seiten hin eine Verkennung dieses richtigen Standpunktes, eine Einmischung schädlicher Elemente statt gefunden hat. Und doch ist es eben eine Schule, die die Menschen durchmachen müssen, um am Ende klar zu erkennen, um was es sich bei solchen gesetzgeberischen Redactionen der einzelnen Rechtslehren im richtigen Zeitpunkte allein handeln kann. Sind nun also auch der Män-

1) Ich bemerke noch ausdrücklich, daß ich darunter etwas Anderes verstehe, als was ich im Bisherigen oft das Leben oder die Lebensverhältnisse der Menschen genannt habe. Letzteres enthält gerade den Stoff, aus dessen normaler Gestaltung wir die naturalis ratio zu schöpfen haben, unter practischem Rechtsleben aber verstehe ich die Rechtseinrichtungen und deren Thätigkeit, welche bei einer Störung des normalen Verlaufs die Ausgleichung herbeiführt.

2) Heydemann System des Preußischen Civilrechts. Vorrede S. IV.

gel an den jetzt vorliegenden Gesetzbüchern gar viele, so ist doch auch schon das Vorhandene (ganz abgesehen von den Erfahrungen, die dadurch für die Zukunft gewonnen worden) für die Praxis der Gegenwart von Werth, wenn gleich nicht in allen Rechtslehren von gleichem Werth. Man kann nicht gerade sagen, daß unsere vorliegende Lehre eine sich hier besonders auszeichnende sei. Der Zeitpunkt, daß man wissenschaftlich ganz unklar über dieselbe war, mußte natürlich auch der ungünstigste zu ihrer formellen Redaction sein. Und dennoch, trotz der ganz besonders ungedeihlichen Umstände — was liegt nun vor?

So wenig wir wissenschaftlich aus den Gesetzbüchern lernen können, ja so sehr wir wünschen müßten, daß noch Allerlei fehlte, was zur wissenschaftlichen Belehrung hineingesetzt ward, so finden wir doch Manches deutlicher gefaßt, als im Corpus juris. Wir finden ferner, obgleich die neueren Gesetzgeber durchaus die naturalis ratio in dieser Lehre nicht klar überschauten, die Grundzüge derselben (in Folge der innerlich treibenden Kraft, die der naturalis ratio innewohnt, und freilich auch in Folge der Anlehnung an das Römische Recht) doch richtig hingestellt, und was davon abweicht, von nicht großer practischer Bedeutung. Es versteht sich, daß, da diese Gesetzbücher aus sich selbst heraus erklärt sein wollen, stets soweit überhaupt nach richtigen Interpretationsgrundsätzen der (auch von der naturalis ratio abweichende) gesetzgeberische Wille reicht, dieser letztere vorgeht. Aber es versteht sich ebenso auch umgekehrt, daß, wo der gesetzgeberische Wille in seiner weitest-richtigen Ausdehnung aufhört, oder wo ausdrücklich die naturalis ratio vom Gesetzgeber aufgenommen ist, da nun auch die in diesem einzelnen Lande reell existirende naturalis ratio, sobald die Wissenschaft sie erkannt hat, practisch zur Anwendung kommen muß. — Es war eine absolute Verkehrtheit, den Richter beim Nichtausreichen des Gesetzbuchs auf das Naturrecht zu verweisen, aber ohne alle Frage

52 steckte dahinter, wie hinter der ganzen naturrechtlichen Theorie, die dunkle richtige, nur freilich unter Irrthümern ganz verdeckte Ahnung, daß es jenseit und über dem positiven Rechte (in naturalen Rechtslehren) noch ein Etwas gebe, dessen Regeln, weil im Leben bestehend, auch auf practische Verwendung im Rechtsleben Anspruch hätten. Daß die Römer dieses Etwas bereits richtig, wenn auch nicht vollständig, erkannten und verwendeten, war übrigens doch nicht hinreichend, die wahre Bedeutung desselben zu erfassen. —

Das Resultat der ganzen Entwicklung dieses und des vorigen Paragraphen ist, daß die Stellung unserer wissenschaftlichen Untersuchung den neueren Gesetzgebungen gegenüber ganz dieselbe ist und sein muß, als wir sie im Verhältniß zu dem gemeinrechtlichen Römischen Recht eingenommen haben. Ich bemerke, indem ich nunmehr auf die einzelnen Gesetzgebungen eingehe, nur noch, daß ich der Kürze halber bei der Besprechung des Inhalts eine feste Bezeichnungsweise befolgen werde. Sätze, deren Verhältniß zur naturalis ratio ich anzugeben habe, will ich mit den Worten: „richtig" und „unrichtig", Regeln dagegen, bei denen nur mehr oder minder nahe Schlußfolgerungen aus der naturalis ratio auf dem Rechtsgebiete oder lediglich civiles rationes in Betracht kommen, werde ich als „zweckmäßig" oder „unzweckmäßig" bezeichnen [3]). Natürlich wird der positiven Geltung des vom Gesetzgeber in eigenthümlicher Gestaltung Gesetzten dadurch kein Abbruch gethan, daß es sich etwa als „unrichtig" oder „unzweckmäßig" herausstellen sollte.

53 §. 53. **Das preußische Landrecht.** — Ich habe nicht die Absicht, hier eine Reproduction des Inhalts des Pr.L.R. in unserer Lehre zu geben, lediglich aus dem Grunde, weil dadurch

3) Ich werde zugleich auch, wo es sich ohne den Sinn zu verändern thun läßt, gleichsam als die gemeinsame Umgangssprache und um der Kürze willen die scharfe Römische Terminologie gebrauchen.

der Umfang dieser Schrift eine ziemlich bedeutende Vergrößerung 53
erfahren würde. Ebenso wie ich schon bei der Darstellung des Römischen Rechts aus Raumersparung an den geneigten Leser oft genug die stillschweigende Anforderung gestellt habe, daß er das Corpus juris nachsehen werde, so erlaube ich mir nun hier die ausdrückliche Bitte, mit dem Landrecht in der Hand unter Vergleichung der citirten Paragraphen das Folgende zu lesen. Ich hoffe unter dieser Voraussetzung, mit kurzen Sätzen und auf verhältnißmäßig wenigen Seiten dem Leser vollkommen deutlich zu werden.

I. *Negotiorum gestio* und *in rem versio.*

Ich beginne mit diesen beiden Lehren, die im L.R. ganz in einander fließen und nur noch äußerlich getrennt sind. (I. 13. Abschn. 2. und 3.)[1]). Die besondere Frage, welche Rechte der dritte mit einem Negotiorum Gestor (sei dies nun ein Hauskind oder ein Anderer) Contrahirende hat, lasse ich hier wie schon oben (§. 49. Note 1.) bei Seite[2]).

1) Wo ich im Folgenden bloß den §. citire, ist dieser dreizehnte Titel des ersten Theils gemeint.

2) Das A.L.R. nimmt eine Haftung sowohl des Vaters aus den Handlungen des Hauskindes (II. 2. §. 126.), als auch des Hauskindes selbst (II. 2. §. 131 — 133.) nach den Grundsätzen der nützlichen Verwendung an (was hier offenbar in demselben weitesten Sinn, wie bei den Römern die in rem versio, zu nehmen ist). Eine fernere Ausdehnung der actio de in rem verso für Fälle, wo zwischen Gestor und Dominus ausnahmsweise keine Klage der neg. gest. bestehe, und also der mit dem Gestor contrahirende Dritte keine utilis neg. gest. actio erhalten könne, nimmt Koch (Recht der Forderungen nach gem. und Preuß. R. II. S. 531. 532.) an. — Die ganze Frage, wie und mit welchen Klagformen neben dem Verhältniß zwischen Gestor und Dominus, der mit dem Gestor contrahirende Gläubiger steht, ist aus den Grundsätzen der Stellvertretungslehre und Cession zu beantworten. In Betreff der Frage aber, wie durch den Gestor materiell in die Vermögensverhältnisse des Dominus eingegriffen werden kann, bilden negotiorum gestio und in rem versio auch nach Preußischem Recht ein einziges völlig

53 Die **allgemeinen** einleitenden §§. 228. 229. sind nicht glücklich ausgedrückt, schaden aber der bestehenden naturalis ratio practisch gar nicht [3]). Das Äquitätsprincip (s. oben §. 12. Note 3. und §. 46. Nr. 1.) richtig hervorgehoben im §. 230. In einer anderen Stelle ist als Boden des Verhältnisses die utilitas im **weiteren** Sinne (§. 268.) angegeben, wie dies auch schon im Röm. Recht (s. oben §. 23. Note 1.) vorkommt. Im Übrigen ist die regelmäßige Terminologie bisweilen mangelhaft gehalten, ohne daß indeß der Wille des Gesetzgebers dadurch zweifelhaft würde.

1. *Necessarium negotium.* a) Der Begriff richtig erfaßt als Abwendung von Schaden §. 234. Bezeichnung mit dem richtigen Ausdruck: nothwendig, und Anführung einiger besonderer Fälle §. 269 — 271. Alle Geschäfte, die nach den obigen Entwicklungen als necessar. negotium dastehen, gehören also auch nach Preußischem Recht hieher, soweit nicht in Einzelnheiten ein besonderer gesetzlicher Wille noch wieder Veränderungen hervorruft. — b) Die Verwendung muß der Art geschehen, daß sie in vernünftiger Weise als wirksam zur Abwendung des Schadens erscheint. (§. 235. nennt in verwirrender Bezeichnung solche Ausgaben „nützlich" verwandte; wird erklärt durch andere Stellen, wo sie passender „zweckmäßig" verwandte heißen I. 21. §. 282. 287.). In Betreff dieser Charakteristik der Verwendung wird in einer besonderen Anwendung richtig die allgemeine (s. oben §. 37. zu Note 1. und 2.) Regel hervorgehoben, daß nicht bloß die abstracten sondern auch die concreten Verhältnisse des Dominus die Verwendung als eine utilis erscheinen lassen müssen („soweit dadurch sein Vortheil befördert

---

ununterscheidbares Ganze. Nur diese letztere Frage (die auch von **Koch** a. a. O. II. S. 532 — 538. und III. S. 492 — 498. nicht richtig erfaßt wird) gehört hieher.

3) Nicht beizustimmen ist der Darstellung **Koch**'s a. a. O. III. S. 498.

ist" I. 7. §. 212.). — c) Das necessarium negotium muß uti- 53
liter coeptum sein; richtig §. 236. Die Worte des §. 273. „in der Regel" sind lediglich auf das necessarium negotium zu beziehen. — d) Der Verwendende prästirt nur lata culpa §. 237.[4]); unrichtig; (s. oben §. 38.) — e) Der Verwendende darf nicht selbst schuld an dem Schaden sein, den man abwendet. Dieser wieder nur in einer besonderen Anwendung vorgetragene (I. 7. §. 237.) allgemeine Satz ist offenbar auch allgemein anzuwenden (s. oben §. 39. Note 1.). — f) Die Erwähnung der „berechtigten Erwartung, daß der Dominus genehmigen werde" (§. 234.), ist eine gänzlich unnütze aber auch unschädliche Redensart (s. oben §. 42. Note 1.).

2. *Utile negotium.* a) Richtige Erklärung als: Gewährung eines wirklichen (Vermögens-) Vortheils (Bereicherung) §. 231. 232. Richtige Bezeichnung dieses Begriffs mit dem Wort: nützlich. Der ganze Umfang des utile negotium, wie wir ihn oben haben kennen lernen, ist hiernach auch im Preußischen Rechte anwendbar. — b) Die vorgeschriebene Bewerbung um die ein Mandat hervorrufende Genehmigung des Dominus (§. 238. 239.) ist wiederum unrichtig, aber auch unschädlich, denn: α) wenn die im freien Willen des Dominus stehende Genehmigung erfolgt, so kann dies allerdings ebensogut, wie wenn ein ausdrücklicher Vertrag vorhergeht (§. 277.), ein Mandat hervorrufen (§. 239.). Es ist aber dabei vergessen, daß es allerdings eine selbständige Geschäftsführung nicht mit Rücksicht auf den demnächstigen Willen des Dominus, sondern rein in Folge des eigenen Entschlusses giebt, bei der die nachweisbare voluntas des Dominus das Geschäft nun einmal nicht zum Man-

4) Koch a. a. O. III. S. 502. stellt diesen Satz bloß als singuläre Ausnahme, Plathner Geist des Preuß. Rechts II. §. 283. umgekehrt als die allgemeine Regel des Landrechts dar. Beide der Intention des Gesetzes zuwider.

53 dat macht (s. oben §. 42 — 44.). Der §. 239. kann nun aber weder verstanden werden, daß er einen solchen Fall absolut ausschließen sollte[5]), noch daß der Gesetzgeber den Willen hatte, denselben contra rationem naturalem unter das Mandat zu zwängen. Wir haben also diesen Fall noch neben dem §. 239. als bestehend anzuerkennen. β) Wenn aber die Ratihabition des Dominus nicht erfolgt, und sich derselbe bereichert findet, die Bereicherung aber nicht herausgiebt, so geht nun eben gegen ihn die Klage aus dem utile negotium auf die Herausgabe der Bereicherung §. 240. 241. — c) Richtig das Anbietungsrecht des Dominus §. 242. (danach zu interpretiren §. 263.) freilich mit unzweckmäßiger genauerer Ausführung (§. 243. 244.) im Verhältniß zu der meiner Meinung nach meisterhaften Gestaltung im Röm. Recht (s. die kurze Zusammenstellung oben §. 47. unter No. 3.) — d) Die Voraussetzung der Geltendmachung des utile negotium ist, daß es noch utile in der Gegenwart sei, welcher Satz in durchaus zweckmäßige einzelne Bestimmungen auseinandergelegt wird §. 263 — 267.; vgl. auch I. 20. §. 547 — 549[6]). —

---

5) Ein Beweis hiefür liegt in §. 247. 248., in denen noch besonders von demjenigen die Rede ist, der die Geschäftsführung wissentlich geschehen läßt ohne zu widersprechen, und der von dem als wahrer Mandant (in solidum) haftenden Ratihabirenden (§. 239.) genau geschieden wird. Jedoch ist es dabei unrichtig, denselben nur in quantum locupletior factus est verhaftet zu erklären, was er ja schon ohne Wissen ist, und auch wenn man ihn in Folge des Wissens für in solidum verhaftet nimmt, bedarf es naturali ratione weiter der Unterscheidung, ob jenes Wissen sich noch wieder als wirkliches Mandat (unter stillschweigender Willenserklärung), als Dolus, oder endlich nur als die materielle Willensgemeinschaft, von der im Text die Rede ist, qualificirt.

6) Es wird also vom Landrecht durchaus das oben §. 29. und §. 47. Note 3. Ausgeführte anerkannt. Die §§. 265 — 267. gehören zusammen, und besprechen den Fall, daß Etwas gleichsam nur interimistisch in Jemandes Vermögen gelangte, indem es nämlich die Absicht war, ein Gewisses in

c) Haftung für levissima culpa (§. 245.) beim utile negotium; 53
unrichtig.

§. 54. — 3. *Voluptarium negotium.* Nicht in sei- 54
nem ganzen dogmatischen Umfange richtig erkannt, ohne daß sich der Gesetzgeber doch völlig demselben hätte entziehen können. — a) Hieher hätte gehört §. 238.: „Wer die Geschäfte eines Anderen bloß um dessen Vortheil zu befördern ohne Auftrag übernimmt, muß sich um die Genehmigung desselben bewerben," und unter der Voraussetzung, daß die Absicht der Beförderung des Vortheils nicht erreicht wird, gehört er in der That hieher [1]). — b) Erwähnt wird ein in diese Klasse gehöriger Fall in §. 249. 250., nämlich das male gestum negotium (s. oben

Jemandes Vermögen zu bringen, dies aber nicht unmittelbar ihm geleistet wurde, sondern für dasselbe ein Anderes, das der Empfänger also „an Gelde oder Geldeswerth übernimmt." Es ist dabei die Voraussetzung, daß der Empfänger dies Andere erst noch weiter verwenden wird, um das zu erlangen, dessen Hineinkommen in sein Vermögen von vorn herein intendirt worden war (vgl. oben §. 26. Nr. 2.). Das L.R. verfügt nun, daß hiezu vermögensrechtliche Dispositionsbefugniß gehöre, wo diese aber vorliege, im Allgemeinen schon mit dem Acte der Übernahme die Version anzunehmen sei. Geht aber die Sache casu unter, ehe der Übernehmer davon wirklich den intendirten Nutzen gezogen hat, so soll kein utile negotium angenommen werden, und ebenso soll, wenn die Übernahme durch einen Anderen oder für einen Dispositionsunfähigen geschieht, erst die wirkliche Verwendung zur Version nöthig sein. — Es leuchtet ein, daß diese Sätze nur für das utile negotium im engeren Sinn gelten, hier aber auch ganz zweckmäßig, zum Theil sogar naturali ratione richtig sind. Für das necessarium negotium gilt der auch vom Landrecht adoptirte Satz, daß es nur utiliter coeptum zu sein brauche, in seinem vollen oben §. 28. und §. 47. Nr. 2. entwickelten Umfange. — Nicht richtig ist die Darstellung Koch's a. a. O. II. S. 536. 537., und insbesondere darf ein Widerspruch der Römischen Juristen in dieser Frage (Fr. 3. §. 10. Fr. 4. de in rem verso), wie Koch behauptet, in keiner Weise zugegeben werden.

1) Nur daß die wirkliche eintretende Genehmigung keineswegs immer nach §. 239. Mandat ist.

54 §. 41. Nr. 8.): „aller Schaden, der ohne seine Einmischung nicht entstanden sein würde und der Gewinn, welcher dem Eigenthümer durch seine eigenmächtige Einmischung in das Geschäft entgangen ist.“ Diese Art der Einmischung wird hier freilich copulativ verbunden gedacht mit der Einmischung gegen Verbot, und danach die Haftung für das aus jenem entstandene damnum emergens und lucrum cessans auch als Folge dieses Letzteren bezeichnet, offenbar weil der Gesetzgeber sich in concreto Beides verbunden vorgestellt hat. Er läugnet damit also gar nicht, was ja auch gar nicht zu läugnen ist, daß Handlung gegen Verbot (das gleichmäßig bei necessarium, utile und voluptarium negotium vorkommen kann) und eine die Angelegenheiten des Dominus treffende schadenbringende oder gewinnentziehende Handlung ganz auseinanderfallen können. Ohne allen Zweifel müssen wir daher auch die voluntas des Gesetzgebers annehmen, daß eine Handlung der letzteren Art, auch wenn sie nicht gegen Verbot geschah, klagbar sei, und gerade weil der Gesetzgeber bei der Handlung gegen Verbot eben nur an eine materiell schädliche denkt, gebraucht er offenbar die Worte: „der kränkt die Rechte des Andern.“ Bei einem verbotenen necessarium negotium würde er sich wahrscheinlich anders ausgedrückt haben[2]). Daß nun aber bei solchem male gestum negotium der Gestor neben seiner Ersatzpflicht auch das jus tollendi habe, (so weit es ohne weiteren Schaden des Dominus ausgeübt werden kann), und er nöthigenfalls dies Recht auch mit Klage muß geltend machen können; daß ferner, wenn der Dominus das male gestum negotium genehmigt, der Gestor sogar

---

2) Das Kränken bezeichnet offenbar, indem hier an Schadenszufügung und Gewinnentziehung gedacht wird, einen Gegensatz gegen die vorher besprochene Schadensverhinderung (necessarium negotium) §. 234 – 237., und Gewinnszuwendung (utile negotium) §. 238 — 248.

in solidum seine Auslagen einklagen darf, ist, wenngleich der 51
Gesetzgeber es nicht ausdrücklich sagt, auch für das Preußische Recht nicht zu bezweifeln. — c) Auch der §. 252. ist offenbar als male gestum negotium gemeint wegen des Schlußsatzes, in welchem wieder von Schadenszufügung und Gewinnentziehung geredet wird. Im Übrigen paßt der §. auch ohne diese Voraussetzung. Ein negotium (das nicht schon aus den objectiven Gesichtspunkten der necessitas oder utilitas zu rechtfertigen ist) läßt sich auch gerade noch dadurch gegen den Dominus einklagen, daß „Jemand weiß, daß der abwesende oder sonst verhinderte Eigenthümer die Besorgung seiner Geschäfte einem Anderen übertragen habe, und er einen solchen Bevollmächtigten an der Ausrichtung dieses Auftrages durch seine Einmischung (dadurch daß er ihm tempestive und ohne anderweitige Läsion zuvorkommt) verhindert." Diesen Fall auszusprechen liegt hier durchaus nicht im Willen des Gesetzgebers [3]), aber es kann ebensowenig bezweifelt werden, daß beim Schweigen des Gesetzgebers er auch in Preußen auf die naturalis ratio der Willensgemeinschaft gestützt werden darf (s. oben §. 41. Nr. 3.). — d) Diejenigen Gestaltungen des voluptarium negotium, von denen wir, weil sie die häufigsten sind, nach der Weise der Römer den allgemeinen wenngleich nicht stets bezeichnenden Namen hergenommen haben, nämlich die zur Befriedigung der individuellen voluptas gemachten, werden in den Abschnitten von der negotiorum gestio (I. Tit. 13. Abschn. 2. u. 3.) nicht erwähnt, wohl aber in einer andern Stelle, nämlich unter dem Gesichtspunkte der Impensen. Jedenfalls zeigt dies von vorn herein, daß der Gesetzgeber den Begriff des voluptarium durchaus kennt und von seiner Gesetzgebung nicht ausgeschlossen wissen will, er

3) Das was der Gesetzgeber hier anordnen will, scheint ein Anklang an Fr. 6. §. 12. de neg. gest. Fr. 17. §. 3. Commodati „suscepisset enim fortassis alius, si is non coepisset." S. Koch a. a. O. III. S. 499.

54 gesteht dabei das jus tollendi, was ja nichts als eine Consequenz aus dem naturalen Wesen dieser Klasse ist, vollständig auch sogar unter der Voraussetzung der mala fides zu (I. 7. §. 210.). Da wir nun oben gesehen haben, daß die voluptaren Impensen und das voluptarium negotium bei der negot. gestio materiell ganz ein und dasselbe sind, und man darunter nur formell verschiedene Voraussetzungen in Betreff der Verhältnisse, unter denen die Verwendung geschieht und in Betreff der Rechtsmittel, durch die die Verwendung geltend gemacht wird, versteht, so liegt in jener Stelle überhaupt der Beweis, daß die Vergnügen bezweckenden Verwendungen, wenn sie nur den ferneren landrechtlichen Voraussetzungen der negotiorum gestio (also namentlich contemplatio domini) entsprechen, auch nach dem Willen des Landrechts ebenso wie die vorigen Fälle unter b. u. c. ein auf tollere gerichtetes Recht des Gestors gewähren. — Endlich kann hiernach auch kein Zweifel sein, daß der ganze naturale Inhalt des voluptarium negotium, wie er oben entwickelt worden ist, im Preußischen Recht zur Anwendung kommen müsse. e) Der allgemeine Satz, den ich früher durchgeführt habe, daß die ganze Klasse des voluptarium negotium durch die voluntas domini vollständig gesühnt und zu einem Ersatzanspruch in solidum erhoben werden kann, findet ebenfalls in der schon angeführten Stelle I. 7. §. 210. in den Worten „und will dafür keine Vergütung leisten" seine Anerkennung. Es steht auch hier, trotzdem daß er nur in einer besonderen Richtung im Gesetzbuch hervortritt, seiner Verwendung für die ganze dritte Klasse der negotiorum gestio durchaus nichts im Wege.

55 §. 55. — 4. **Gemeinsame Bestimmungen.** a) Rechnungsablage zweckmäßig allgemein dem Gestor vorgeschrieben §. 256. — b) Gemeinsame Führung von fremden und eigenen Geschäften. §. 254. 258. 259.[1]). — c) Anerkennung

1) S. darüber Koch a. a. O. III. S. 503.

des naturalen Satzes, daß die voluntas des Gestors die Basis 55
der negotiorum gestio ist. Es hätte nur vollständiger ausgedrückt werden können: „wer einmal ein fremdes Geschäft ohne Vorwissen des Eigenthümers übernommen hat, muß dasselbe bis zur gänzlichen Vollendung fortführen," §. 257. (s. das Genauere oben §. 45.) s. auch I. 14. §. 166. 167. — Richtige Hervorhebung des Gegensatzes des animus donandi §. 280. Alles oben Entwickelte, soweit es auf naturalis ratio ruht, werden wir danach auch im Preußischen Recht als bestehend anzusehen haben [2]). — d) Die Willensrichtung, mit der der Gestor beim Handeln zum Dominus hinüberblickt (die contemplatio domini), wird im §. 261 fixirt. Man könnte nach diesem Paragraphen meinen, daß die contemplatio im Preußischen Recht ganz aufgehoben werden sollte, doch ist dem nicht so. Indem von einem positiven Irrthum des Gestors in Betreff des Dominus die Rede ist, sieht man, daß das Landrecht ein subjectives Hinblicken auf einen Dominus, wenn auch ein falsches, gerade voraussetzt. Fehlte überhaupt das Erforderniß der contemplatio domini, so würde damit die eigentliche Scheidewand zwischen der Negotiorum Gestio und der Impensenlehre fallen, und es würden regelmäßig alle Impensen, außer durch das Retentionsrecht (exceptio doli) oder die im einzelnen Rechtsverhältniß gegebene actio contraria oder directa, auch durch die Klage aus der neg. gestio geltend gemacht werden können. Wir haben anzunehmen, daß das Landrecht den zweckmäßigen Wil-

2) Auch der factische Boden des Verhältnisses der negot. gestio ist im Preußischem Rechte ganz ebenso aufzufassen, wie er oben §. 48. dargestellt worden ist. Der Versuch Koch's (welcher annimmt, daß es bei der negotiorum gestio nur an einem Consensualcontract wie beim Mandat mangele, durch die That hier aber dennoch ein Vertrag, nämlich ein Realcontract, zu Stande gekommen sei; III. S. 494. 500.) ist nicht haltbar, obgleich darin ein richtiges nur nicht klar erkanntes Element versteckt liegt.

len hatte, das in dieser Hinsicht bisher geltende gemeine Recht unverändert zu lassen [3]).

II. Impensen.

Der ganz gleiche Boden zwischen den beiden objectiv basirten Klassen der necessariae und utiles impensae mit den correspondirenden der negotiorum gestio (während das voluptarium negotium bei der letzteren, wie bemerkt, nicht klar genug hervortritt) ist dem Landrecht vollkommen bewußt, und durch mehrfache Verweisungen verdeutlicht. I. 11. §. 708. 709. I. 14. §. 45. §. 115. I. 17. §. 237. I. 21. §. 244. §. 287.

1. Darlehn; bei sonst zum Darlehn unfähigen Schuldnern Convalescenz durch wirkliche Verwendung in den Nutzen I. 11. §. 690. und zwar in der Regel jedes Ausgeben des Geldes im Sinne der necessariae und utiles impensae I. 11. §. 708. 709. — S. auch II. 1. §. 524.

2. Mandat; necessariae und utiles I. 13. §. 65—69.

3. Depositum; necessariae mit Aufopferung der eigenen Sache bis auf den Werth der geretteten Sache. I. 14. §. 21. 22. (dabei Versäumung der Sorgfalt §. 23.) §. 42. (s. übrigens oben §. 15. Note 2.); utiles (Verbesserungen) nicht gestattet §. 44; hat der Depositar sie doch vorgenommen, so klagt er auf das wozu das utile negotium überhaupt berechtigt, nämlich die Bereicherung §. 45; also utiles sind (unter der Voraussetzung der contemplatio domini) doch gestattet. — Geltendmachung durch Retentionsrecht (exceptio doli) §. 76—79.

4. Verwaltung fremder Sachen und Güter; Retentionsrecht wegen der verwendeten Vorschüsse und Kosten. I. 14. §. 165; a) im Allgemeinen zunächst innerhalb der Gränzen der bisherigen Art des Betriebes, (also richtige Benutzung des im Obigen oft hervorgehobenen Elementes der probablen vo-

3) Über eine verkehrte Bestimmung der §§. 275. 276. s. noch Koch a. a. O. II. S. 538.

luntas domini §. 111.[4]) innerhalb dieser Gränzen nach dem ab= 55
stracten Maaßstab der objectiven necessitas und utilitas §. 110; b) darüber hinaus (zu Unternehmungen von außerordentlichem und ungewöhnlichem Aufwand) muß die Billigung des Eigenthümers abgewartet werden — §. 113. Diese Stelle ist von besonderem Interesse, indem man daraus sieht, daß der Gesetzgeber hier ganz richtig die dritte Klasse von denen der necessitas und utilitas trennt und selbst den Beweis liefert, daß, wie ich vorhin bemerkte, die Erwähnung der Ratihabition des Dominus (I. 13. §. 234. 238.) beim necessarium und utile negotium als allgemeine Vorschrift nutzlos, dagegen bei der Klasse der voluptaria negotia vollständig am Platze ist. — §. 114. u. 115. betrifft dann noch gewisse gemischte Geschäfte (Beispiel eines solchen s. oben §. 20.), die allerdings ungewöhnlich sind, aber doch Schadensabwendung oder Nutzen dringend in Aussicht stellen, wofür dem Gesetzgeber die Anordnung besonderer Vorschriften rathsam erscheint (Erlaubniß des Beginns; Nachholung der Ratihabition; und, im Fall der Misbilligung, ihrem Zwecke gemäß — „je nachdem bloß von Abwendung eines Schadens (necessitas) oder Verschaffung eines Vortheils (utilitas) die Rede war" — analoge Beurtheilung nach dem wirklichen necessarium und utile negotium).

5. Gemeinschaft; eigenthümliches Verfahren der Abstimmung über das, was necessarium und utile ist, I. 17. §. 10—24; danach denn auch eigenthümliche Stellung der Verhaftung dafür §. 44—51.

6. Societät; Ersatz der Reise=, Zehrungs= und anderen unvermeidlichen Kosten I. 17. §. 226. Klage wegen der utiles impensae. §. 236. 237. (hier gewiß utile im weiteren Sinn).

4) S. oben §. 48. Note 4. Ein Satz, den wir als eine im Willen des Gesetzgebers liegende Anerkennung der naturalis ratio wieder auf die ganze negotiorum gestio zurückwenden müssen (s. oben §. 33. Nr. 2.).

55 7. Pfandcontract; necessariae „Auslagen zur Erhaltung der Sache" I. 20. §. 166. (der Ausdruck hiebei „nothwendig und nützlich verwendet" enthält das Wort: „nützlich" eben so wie I. 13. §. 235. in der schon erwähnten verwirrenden Terminologie, im Sinn von „zweckmäßig") — utiles „Verbesserungen" wie ein Depositar, bei überlassenem Verwaltungsrecht wie ein Verwalter fremder Güter I. 20. §. 167. 168.

8. Nießbrauch; Kosten und Lasten, ohne die der zu ziehende Vortheil nicht genußbar ist, trägt der Genießende I. 21. §. 11. a) Bei Gebäuden ist in Betreff der s. g. Hauptreparaturen (§. 52.) der Eigenthümer in die Wiederherstellung oder Ausbesserung solcher Gebäude, die zur Wohnung und wirthschaftlichen Benutzung nothwendig sind, zu willigen verbunden, und müssen diese impensae den concreten Verhältnissen, so wie das Gebäude vorher war (siehe Note 4.), entsprechen. §. 57. 58 [5]). Verweigert der Eigenthümer die Einwilligung, so entscheidet der Richter §. 59. (womit also auch anerkannt wird, daß um so mehr bei dem wahren necessarium negotium jene Ratihabition nichts Wesentliches ist). — b) Im Bau begriffene Gebäude (offenbar reine res *utiles*, in Beziehung auf welche die voluntas domini vorliegt) kann der Nießbraucher zu Ende führen und vollen Ersatz dafür fordern §. 61. 62. — c) Bei angefangenen Gebäuden zur Pracht und zum Vergnügen kann, wenn der Dominus widerspricht (d. h. wenn er seine im Anfange des Baus liegende voluntas durch ausdrück-

5) Es ist hier offenbar nicht von einer reinen necessitas die Rede, sondern es handelt sich um Bauten, die jedenfalls utiles sind, bei denen aber die necessitas im technischen Sinn (d. h. Bewahrung des Ganzen vor Schaden) zweifelhaft ist und daher, wo der Eigenthümer sie nicht anerkennt, die Rathsamkeit des Baus erst noch durch Sachverständige constatirt werden muß. Es ist also ein gemischter Fall, der aber hier gesetzlich den reinen necessaria negotia gleichgestellt wird.

liche Erklärung entkräftet) der Usufructuar keinen Ersatz we- 55
gen der Fortführung des Baus fordern (er hat aber ohne Zweifel, wenn es ausführbar ist, das jus tollendi) §. 63. — . Auch hier zeigt der Gesetzgeber im einzelnen Rechtsinstitute die volle Erkennung der drei Klassen des necessarium, utile und voluptarium negotium. S. im Übrigen §. 64—66. 124 ff.

9. Commodat; die gewöhnlichen laufenden necessariae impensae trägt der Commodatar I. 21. §. 241., die außergewöhnlichen dagegen können ihn zur Rückgabe der Sache veranlassen, wo nicht, so hat er selbst sie vorzunehmen[6]) und kann dafür (nach den Regeln der neg. gestio und doch offenbar ohne weitere Ratihabition des Dominus) vollen Ersatz fordern.

10. Miethe und Pacht; im Allgemeinen Verbesserungen wie beim Nießbrauch nur nicht mit der in Note 5. erwähnten Eigenthümlichkeit. §. 280. 281. 283—286. Ein Fall eines necessarium negotium aus dem Gebiete der auf öffentlichem Interesse ruhenden juristischen Verpflichtungen (s. oben §. 37.) §. 282. Abwendung drohenden Schadens aus natürlichen Gründen und deren Ersatz wie bei der negotiorum gestio. §. 287. Retentionsrecht §. 396. 397.

11. Impensen des Besitzers gegenüber der Vindication. Dieser schon bei den Römern in abweichender Eigenthümlichkeit gestaltete Punkt ist auch im A.L.R. sorgfältig mit Bestimmungen versehen, über deren Zweckmäßigkeit im Einzelnen sich streiten läßt. a) der vollständige (mit animus domini) redliche Besitzer. α) necessariae impensae I. 7. §. 196. 212.—217. 236. (dabei §. 215. auch Erhaltungskosten bei einem Inbegriff von Sachen, welche nicht gefordert werden können, wenn die einzelne Sache nicht erhalten worden ist). β) utiles §. 204—209. γ) voluptariae §. 210. 211. b) der vollständige unredliche und unrechtfertige (mit error juris) Be-

6) Hierin ist der oben §. 6. zu Note 2. angegebene Satz enthalten.

55 sitzer. α) necessariae §. 233—237. β) utiles §. 238. 239. vergl. Tit. 20. §. 639. (s. auch noch Tit. 9. §. 275—282. §. 327—332.). c) der unvollständige (ohne animus domini, aber in der Absicht darüber für sich selbst zu verfügen) Besitzer dem Eigenthümer gegenüber §. 245—249.

56 §. 56. **Das Oesterreichische Gesetzbuch.** — Nachdem ich auf die Analyse des Preußischen Rechts genauer eingegangen bin, glaube ich in Betreff des Österreichischen Rechts kürzer sein zu dürfen. Vieles von den dort gemachten Bemerkungen trifft auch hier, ohne daß ich es zu wiederholen brauche, vollkommen zu.

I. Negotiorum gestio und *in rem versio.*

Der allgemeine einleitende Satz ähnlich wie im A.L.R. nicht empfehlenswerth ausgedrückt §. 1035.

1. *Necessarium negotium.* Ist in seinem vollen naturalen Umfang auch in Österreich zur Anwendung zu bringen, und auch die aus der naturalen Gestalt des necessarium negotium auf dem Gebiete des Rechts zu ziehenden Consequenzen, wie wir sie oben haben kennen lernen, sind, wo nicht in Einzelnheiten ein abweichender gesetzgeberischer Wille in Betracht kommt, als Österreichisches Recht zu behandeln. a) Ein Geschäft zur Abwendung eines bevorstehenden Schadens giebt den Ersatzanspruch auf den „nothwendigen und zweckmäßig" (der ungenaue Ausdruck des A.L.R. ist hier verbessert) gemachten Aufwand; wenn gleich die Bemühung ohne Verschulden fruchtlos geblieben ist §. 1036. (Ratihabition richtig nicht erwähnt.) — b) Ebenso Ersatz wegen Aufwands, den der Andere nach dem Gesetze selbst hätte machen müssen (juristische necessitas) §. 1042; (die sittliche necessitas wird nicht erwähnt). — c) Aufwendung eigener Sachen zur Abwendung größeren Schadens von sich und Anderen berechtigt zu verhältnißmäßiger Entschädigung §. 1043.

2. *Utile negotium.* Auch hier gilt der ganze naturale 56
Umfang unserer zweiten oben dargelegten Klasse, mit den weiteren daraus sich ergebenden, einem speciellen gesetzlichen Willen nicht entgegentretenden juristischen Folgesätzen. a) Wer das Geschäft vorhat, soll sich um die Einwilligung des Dominus bewerben (weit richtiger ausgedrückt als im A.L.R., denn es ist nicht hinzugesetzt, daß die voluntas domini, die den Gestor in solidum berechtigt, Mandat sei); unterläßt der Gestor dies (wiederum richtiger als das A.L.R., welches es auf das Nichterfolgen der Genehmigung stellt), und findet eine klare Bereicherung statt, so hat der Gestor Ersatzanspruch für die Kosten (natürlich bis zum Betrag der Bereicherung) §. 1037. — b) gemischtes Geschäft (halb utile halb voluptarium — nämlich eins, wobei der Vortheil nicht klar ist, oder wo durch eigenmächtige Veränderung des Gestors dem Dominus die Sache in der bisher benutzten Weise unbrauchbar wird) verbindet den Dominus nicht zum Ersatz (es kommt also auf seine voluntas an); — vollständig richtig gedacht. Die Folge (bloße Gestattung des Verlangens der Wiederherstellung in den vorigen Stand und, wo das nicht möglich ist, Entschädigung) könnte zweckmäßiger normirt sein §. 1038. — c) Verwendung einer Sache zum Nutzen eines Anderen ohne Geschäftsführung (ohne animus negotia gerendi und contemplatio domini) §. 1041. (sog. act. de in rem verso utilis); ein unrichtiger und bekanntlich auch im Römischen Recht nicht begründeter Satz.

3. *Voluptarium negotium.* Die ganz richtige Erkennung (wenn auch wohl nicht ein volles Überschauen) dieser Klasse liegt schon in dem vorhin unter 2. b. bemerkten Punkte. Außerdem gehört hieher §. 1040. (aus dem A.L.R. entlehnt, aber, wenn auch nicht vollständig, verbessert): Anmaßung eines fremden Geschäfts gegen den erklärten Willen des Dominus, oder Verhinderung des rechtmäßigen Bevollmächtigten durch Ein-

56 mengung macht den Gestor für alle Schadenszufügung und Gewinnentziehung verbindlich (actio neg. gest. directa), berechtigt aber auch zum jus tollendi (actio contraria). — Es gilt auch hier die obige Ausführung §. 54., und wir sind auch hier vollständig berechtigt, den ganzen naturalen Umfang des voluptarium negotium mit seinen weiteren juristischen Consequenzen zur Geltung zu bringen.

4. Gemeinsame Bestimmungen. — a) Rechnungsablage §. 1039. — b) Die zur That gewordene voluntas des Gestors ist die Basis des Verhältnisses („wer auf sich genommen hat, muß es bis zur Vollendung fortsetzen“). c) Der Zusammenhang und Gegensatz zwischen neg. gestio und Impensen ist wenigstens im Ganzen richtig und zweckmäßig erfaßt, und mehrfach durch Verweisungen angedeutet (bei §. 1036. 517. 1097. 336.)

II. Impensen.

1. Mandat; „dem Gewalthaber allen zur Besorgung des Geschäfts nothwendig oder nützlich gemachten Aufwand selbst bei fehlgeschlagenem Erfolg zu ersetzen.“ §. 1014.

2. Depositum; „die zur Erhaltung der verwahrten Sachen oder zur Vermehrung der fortdauernden Nutzungen verwendeten Kosten zu ersetzen. Hat der Verwahrer im Nothfalle, um das hinterlegte Gut zu retten, seine eigenen Sachen aufgeopfert, so kann er einen angemessenen Ersatz fordern“. §. 967.

3. Gemeinschaft; „befugt, alle nützlich (offenbar im weiteren Sinn) gemachte Auslagen in Abrechnung zu bringen.“ §. 837.

4. Societät; „hat aber ein Mitglied durch eigenmächtig unternommenes neues Geschäft der Gesellschaft von einer Seite Schaden, und von der anderen Nutzen verursacht, so soll eine verhältnißmäßige Ausgleichung statt finden“ d. h. soweit der

Nutzen reicht, auch der Schaden geltend gemacht werden können 56
§. 1191.

5. Nießbrauch; a) necessariae. Gewisse trägt der Fruchtnießer §. 513. „Wenn der Eigenthümer Bauführungen, die durch das Alter des Gebäudes oder durch einen Zufall nothwendig gemacht werden, auf Anzeige des Fruchtnießers auf seine Kosten besorgt", Ersatz der Zinsen des verwendeten Capitals §. 514; wenn der Eigenthümer nicht bauen will, so kann es der Fruchtnießer, und fordert dann am Ende des Usufructs Ersatz §. 515; — vollständig richtig. b) utiles. „Bauführungen, welche nicht nothwendig, obgleich sonst zur Vermehrung des Ertrages gedeihlich sind, ist der Fruchtnießer nicht verbunden ohne vollständige Entschädigung zu gestatten" §. 516. „Was der Fruchtnießer ohne Einwilligung des Eigenthümers zur Vermehrung der Nutzungen verwendet hat", jedenfalls jus tollendi, Ersatzanspruch aber für die noch vorhandene Melioration (richtig: paßt aber nicht zu §. 1041., wo die sogen. act. de in rem verso utilis zugelassen wird, „obgleich der Nutzen in der Folge vereitelt worden ist;" s. auch nachher unter Nr. 8.) nach den Regeln der negot. gest.

6. Commodat; die laufenden Kosten trägt der Entlehner, „die außerordentlichen Erhaltungskosten hat er zwar, dafern er die Sache dem Verleiher nicht zur eigenen Besorgung überlassen kann oder will, inzwischen vorzuschießen; doch werden sie ihm gleich einem redlichen Besitzer (diese Vergleichung ist innerlich nicht richtig) vergütet." §. 981.

7. Miethe und Pacht; „hat der Bestandnehmer einen dem Bestandgeber obliegenden nothwendigen oder einen nützlichen Aufwand auf das Bestandstück gemacht," so gilt er als Negotiorum Gestor, muß aber binnen 6 Monaten nach der Restitution klagen §. 1097.

8. Impensen des Besitzers gegenüber der Vin=

56 dication; (völlige Gleichstellung von rei vindicatio und hereditatis petitio §. 824) a) bon. fid. possessor: „Hat der redliche Besitzer an die Sache entweder zur fortwährenden Erhaltung der Substanz einen nothwendigen oder zur Vermehrung noch fortdauernder Nutzungen einen nützlichen Aufwand gemacht, so gebührt ihm der Ersatz nach dem gegenwärtigen Werthe, in so fern er den wirklich gemachten Aufwand nicht übersteigt" (nicht zweckmäßig) §. 331. „Von dem Aufwande, welcher nur zum Vergnügen und zur Verschönerung gemacht worden ist, wird nur so viel ersetzt, als die Sache dem gemeinen Werthe nach wirklich dadurch gewonnen hat; doch hat der vorige Besitzer die Wahl, Alles für sich wegzunehmen, was davon ohne Schaden der Substanz weggenommen werden kann" §. 332. (Konnte ebenfalls zweckmäßiger und richtiger gefaßt werden). b) Der malae fidei possessor, (dem der bon. fid. possessor seit der Litiscontestation gleichsteht §. 338.) ist höchst merkwürdiger Weise unter die gewöhnlichen Regeln der negot. gestio gestellt. §. 336. (s. oben §. 29. S. 97).

57 §. 57. — **Der Code Napoléon.** — Der Grund, um dessentwillen ich im Verlauf dieser Schrift mancher an mich herantretenden Frage aus dem Wege gegangen bin, nämlich mein Wunsch, gewisse äußere Gränzen des Umfangs nicht zu überschreiten, veranlaßt mich auf eine Besprechung des Französischen Rechts hier ganz zu verzichten. Ich begnüge mich damit, zur Vergleichung mit dem bisher Dargelegten in Betreff der Hauptpunkte der negotiorum gestio die Worte des Code hieher zu stellen:

Art. 1372. Lorsque *volontairement* on gère l'affaire d'autrui, *soit que le proprietaire connaisse la gestion* soit qu'il l'ignore, celui qui gère contracte l'engagement tacite de continuer la gestion qu'il a commencée, et de l'achever jusqu'à ce que le proprietaire soit en état d'y pourvoir lui

même (also die voluntas des Dominus kann stets sistiren); 57
il doit se charger également de toutes les depenses de cette même affaire. — Il se soumet à toutes les obligations qui résulteraient d'un *mandat exprès* que lui aurait donné le proprietaire.

Art. 1374. Il est tenu d'apporter à la gestion de l'affaire tous les soins d'un *bon père de famille.* — Néanmoins les circonstances qui l'ont conduit à se charger de l'affaire peuvent autoriser le juge à modérer les dommages et intérêts qui résulteraient des fautes ou de la négligence du gérant (s. oben §. 38 a. E.).

Art. 1375. Le maitre dont l'affaire à été *bien administrée* doit remplir les engagemens que le gérant a contractés en son nom, l'indemniser de tous les engagemens personels qu'il a pris, et lui rembourser toutes les *dépenses utiles ou nécessaires* qu'il a faites.

§. 58. Ich schließe mit einer kurzen allgemeinen Bemer- 58
kung. Der Rechtszustand Deutschlands ist in Betreff unserer Lehre in den Ländern des gemeinen, des preußischen, des österreichischen und des französischen Rechtes, nachdem aus dem Römischen Rechte eine Reihe von Sätzen in die neueren Gesetzgebungen herübergeflossen ist, keineswegs bloß ein historisch gemeinsamer, und wir dürfen nicht meinen, daß practisch diese vier Rechtskreise völlig von einander gelöst seien. Wir haben freilich nicht mehr ein formell gemeines Recht für ganz Deutschland. Aber es handelt sich hier um eine naturale Rechtslehre, die naturalis ratio ist darin etwas gemeinsam für ganz Deutschland, ja noch über dessen Gränzen hinaus reell Existirendes, und eben deßhalb sind auch die einzelnen Sätze dieser naturalis ratio, angelehnt an die sie in dieser Lehre sämmtlich adoptirenden vier in Deutschland geltenden Legislationen, in Wahrheit ein materiell gemeinsames Recht, dem ge-

58 genüber die civilen Nüancirungen, welche die Gesetzgebungen von einander abweichend hinstellen, verhältnißmäßig ganz zurücktreten. Danach liefert denn auch unsere dogmatische Untersuchung der naturalis ratio gemeinsam deutsche *practische* Resultate.

Sind diese Sätze richtig, so wird es einleuchten, daß die Tragweite derselben weit über die Gränzen der Lehre, mit der wir uns hier beschäftigt haben, hinausreicht.

Anhang.

Über die Rückleistung der Dos während der Ehe.

I. Es wird eine Anzahl von Fällen in den Römischen Quellen erwähnt, in denen es dem Manne erlaubt sein soll, durch Restitution der dos an die Frau während der Ehe sich zu liberiren, und es sind die mannigfachsten Ansichten zur Erklärung derselben aufgestellt worden [1]). Die Quellen weisen uns in Betreff dieser Fälle auf einen gewissen „gesetzlichen" Ursprung hin [2]), als welchen man mit Wahrscheinlichkeit die lex Julia und Papia Poppaea bezeichnet hat. Die Fälle selbst werden uns in zwei Stellen mitgetheilt [3]) und zwar so, daß man nach der Fas- 1

1) S. insbes. Hasse Zeitschr. f. gesch. R.W. V. 9. (1823). Glück Commentar Bd. 27. S. 246 ff. (1825). Francke Archiv f. civ. Pr. Bd. 17. S. 464. (1834). Bd. 18. S. 11 ff. (1835). Puchta Pand. 3. Aufl. (1845). §. 420. Sintenis Pract. Civilr. (1851). III. S. 60. v. Vangerow Pand. 6. Aufl. (1851). I. S. 255.

2) Fr. 27. §. 1. de religios. — „in his tamen casibus, in quibus hoc ei facere legibus permissum est." Fr. 1. §. 5. de dote praeleg. — „scilicet quibus licet casibus." Nov. 22. c. 39. — „nisi ex causis quas lex enumeravit."

3) Fr. 20. sol. matr. — *Quamvis* mulier *non in hoc accipiat* dotem, ut aes alienum solvat aut praedia idonea emat, *sed ut* liberis ex alio viro egentibus aut fratribus aut parentibus consuleret, vel ut eos ex hostibus redimeret, quia justa et honesta causa est, non videtur male accipere. Idque et in filiafamilias observatur. Fr. 73. §. 1. de jure dot. — Ma-

1 sung der einen mit Francke geneigt sein muß anzunehmen, daß einige derselben in der fraglichen lex vielleicht ausdrücklich genannt worden sind, nämlich:

1. ut aes alienum solvat,

2. aut praedia idonea emat,

während andere:

3. ut liberis ex alio viro egentibus aut fratribus aut parentibus consuleret, vel ut eos ex hostibus redimeret; oder anders ausgedrückt: ut in exilium aut in insulam relegato parenti praestet alimonia, aut ut egentem virum fratrem sororemve sustineat —; — und wohl auch

4. ut se suosque alat,

der interpretirenden Doctrin der Juristen zuzuweisen wären; was sich namentlich in Betreff des Falles 3. aus dem rechtfertigenden Zusatz des Juristen: quia justa et honesta causa est non videtur male accipere entnehmen läßt.

Während nun Einige diese vier Fälle, sowohl die hypothetisch gesetzlichen als auch die von den Römischen Juristen vermuthlich hinzugefügten, wegen der „gesetzlichen" Geltung des Corpus juris einfach wie die legislatorisch abgewogenen Paragraphen eines neueren Gesetzes interpretiren und darüber in keiner Weise hinausgehen wollen, legen Andere (Francke) dem vermuthlichen Gesetze das Princip unter, daß „das Gesetz vornehmlich verhindern wollte, daß die dos der Frau *leichtsinnig und zu unnützen Ausgaben* zurückgegeben werde," und interpretiren danach den Inhalt der vier Punkte, ohne selbständige andere Fälle zuzulassen. Noch Andere endlich (Puchta) finden in den vier angeführten Fällen nur *Beispiele* (wenn

---

nente matrimonio *non perditurae uxori* ad has causas dos reddi potest, ut sese suosque alat, ut fundum idoneum emat, ut in exilium aut in insulam relegato parenti praestet alimonia, aut ut egentem virum fratrem sororemve sustineat.

auch gesetzliche Beispiele), wonach wir das weitgreifende Princip zur Anwendung zu bringen hätten, daß jede Restitution gültig sei, die „*zum Vortheil der Frau* oder aus einem Grunde geschah, der *ihre Anfechtung der vorzeitigen Restitution zu einer Unsittlichkeit machen* würde.“ — Mir scheint nun, daß diese ganze Controverse in dieser Gestalt gar nicht hätte entstehen können, wenn nicht der Begriff des necessarium negotium bisher eine dogmatisch ganz ununtersuchte Sache geblieben wäre, und ich will, nachdem in der vorliegenden Schrift dieser Begriff genauer entwickelt worden ist, hier in der Kürze ausführen, welche Folgerungen daraus für die erwähnte Frage zu entnehmen sind.

II. Es ist oben angegeben worden, daß das allgemeine Rechtsmittel, womit nach Römischem Recht die necessariae impensae (abgesehen von gewissen hier nicht in Betracht kommenden Klagen) geltend gemacht werden, die *exceptio doli* ist. Dem gegenüber tritt uns bei der Dos ein Satz entgegen, der sich als eine eigenthümliche Ausnahme darzustellen scheint. Necessariae impensae *ipso jure minuunt* dotem, ist der von den Römischen Juristen oft genug wiederholte Rechtssatz, den auch Justinian adoptirt [1]). Er wird von den Juristen in Betreff seiner Quelle nicht weiter erklärt, sie tragen ihn als einen positiven Satz mit jenen stehend gewordenen Worten vor, und sie sind sichtlich durch die eigenthümliche Hervorhebung dieses Satzes dazu veranlaßt worden, die Impensenlehre vorzugsweise in den libri ad Sabinum bei der Trennung der Ehe darzustellen. — Ich will mich nun hier nicht auf die zu weit führenden Fragen einlassen, ob dieser Ausdruck des ipso jure Minuirens etwas

1) Fr. 1. §. 2. Fr. 5. pr. Fr. 15. de impens. Fr. 61. de ritu nupt. Fr. 56. §. 3. de jure dot. Fr. 5. §. 2. de pact. dotal. Fr. 1. §. 4. Fr. 5. de dote praeleg. L. un. §. 5. C. de rei uxor. act. §. 37. J. de action.

11 von der exceptio doli Verschiedenes in sich fasse[2]). Ferner wie sich dies zu der bekannten Frage von der Tilgung ipso jure oder per exceptionem bei der Compensation verhalte, und endlich woher, wenn es etwas von der exceptio doli Verschiedenes enthalte, das kommen könne, wenn aber nicht, wie die Römer zu jener eigenthümlichen Sprachweise gelangt sein mögen.

Ich begnüge mich statt dieser dunkleren Punkte mit dem was ohne alle Frage der Inhalt des Satzes vom ipso jure Minuiren ist, und erlaube mir einige Consequenzen daraus zu ziehen, die man mir schwerlich bestreiten wird.

Wenn die necessariae impensae ipso jure minuiren, so braucht der Mann das, was er in dieser Hinsicht während der Ehe verausgabt, nicht zu restituiren. Zu den necessariae impensae gehören nun z. B. folgende Fälle:

1. Ernährung der Frau von der dos (oben §. 7. Nr. 9.), sowie auch der ihr gehörigen Sklaven (§. 7. Nr. 7. §. 22. Nr. 10.) — „ut se suosque alat."

2. Ernährung von Personen, deren Alimentation dem Eigner obliegt (§. 7. Nr. 10.), sogar bei einer bonae fidei actio (actio rei uxoriae) die Ernährung armer Geschwister (§. 39.), ferner Loskauf einer solchen nahe stehenden Person aus der Gefangenschaft (§. 36. Nr. 7. vgl. mit §. 39. am Ende) — „ut liberis, fratribus, parentibus consuleret, ut eos ex hostibus redimeret, ut in exilium relegato parenti praestet alimonia."

3. Bezahlung einer wirklich begründeten Schuld (§. 7. Nr. 12 u. 13. §. 22. Nr. 4.) — „ut aes alienum solvat."

Aber nicht bloß in diesen Fällen sondern überhaupt in allen, die sich als wahre necessitas herausstellen (z. B. auch *rem necessariam emere* s. §. 22. Nr. 1.)[3]), darf der Ehemann die

2) vergl. Fr. 21. sol. matr. in fin. — quum enim *doli exceptio* insit de dote actioni, ut in ceteris bonae fidei judiciis, etc.

3) „Iusta et honesta causa" ist ganz gleichartig gebraucht, wie wir

Ausgabe vornehmen, und es erscheint dann hinterdrein bei Re- u stitution der Dos diese um so viel minuirt. Es hat nun ferner auch gar keinen Zweifel, daß wenn der Mann bei dem Eintreten einer solchen necessitas die ganze dos regelrecht darauf verwendet hat, er hinterdrein ganz von der Restitutionspflicht befreit ist, und ebensowenig hat es irgend ein Bedenken, daß der Mann um liberirt zu sein keineswegs nöthig hat, etwa selbst persönlich das necessarium negotium auszuführen. Ebenso wie bei der negotiorum gestio Stellvertretung zuläſſig ist (§. 33. Note 2.), wie bei der actio de in rem verso schon immer die hausunterthänige Person gegeben ist, durch welche hindurch die Vornahme des necessarium negotium erfolgt, so ist ohne allen Zweifel der Mann auch berechtigt, eine Mittelsperson bei der Ausführung der necessären Impensen hinzustellen und Niemand kann ihn hindern, wenn es ihm zweckmäßig scheint, seine Frau selbst zu dieser Mittelsperson zu machen. Nur können wir ihm natürlich die Pflicht nicht abnehmen, die wir oben so ausgedrückt fanden (§. 19. Note 2.): *curiosus esse debet quo vertatur*, oder, wie es auch bezeichnet werden kann: er muß seiner Sache sicher sein, daß er *non perditurae uxori* die dos zu jenen necessären Ausgaben einhändige. Hat nun aber in der That die Verwendung zu jenem necessären Zweck von Seiten der Frau während der Ehe statt gefunden, so ist ohne Frage der Mann bei Trennung der Ehe von der Restitutionspflicht liberirt[4]).

---

oben §. 39. auch bei einem Fall des necessarium negotium in Fr. 1. §. 8. de tut. act. den Ausdruck: si ratio praestandi *justa* intercedat angewandt sahen.

4) Die im Texte gezogenen Consequenzen finden sich auch vollständig in einer Stelle des Ulpian ausgesprochen: Fr. 21. sol. matr. — Sed et si ideo maritus ex dote expendit, ut a latronibus redimeret *necessarias* mulieri personas, vel ut mulier vinculis vindicet de *necessariis* suis aliquem (eben weil es necessariae personae betrifft, sind es necessariae expensae — vgl.

III III. Wenn wir durch die in §. I. Note 2. angegebenen Stellen darauf hingewiesen werden, daß in einem gewissen Gesetze bestimmte Fälle namhaft gemacht seien, in denen der Mann während der Ehe die dos restituiren darf, so hat sich nun herausgestellt, daß jedenfalls in Betreff dreier dieser Fälle (mögen sie nun wirklich alle in dem vermuthlichen Gesetz gestanden haben oder zum Theil von der Jurisprudenz hinzugefügt sein) gar nichts Neues angeordnet ist. Es wird dadurch nur ausgesprochen was auch schon ohne das gilt, weil der Mann die necessariae impensae vornehmen darf, und diese ipso jure minuunt dotem. Hierin liegt denn aber nothwendig, daß in dieser gesetzlichen Aufzählung der Fälle eben nur eine beispielsweise Hinweisung auf die necessariae impensae beabsichtigt sein konnte.

Das einzige Bedenken nun aber enthält der vierte namhafte Fall: ut praedia idonea emat. Das Gebrauchen des Wortes *idoneus* in beiden §. I. Note 3. citirten Stellen läßt annehmen, daß auch in der gesetzlichen Aufzählung der Fälle gerade dieses Wort gebraucht worden sei. Was heißt nun aber idoneus? Ein „geeignetes" Grundstück kann ebensogut ein sol-

---

oben §. 39. „liberti rei pupilli necessarii"), reputatur id ei quod expensum est; sive pars dotis sit, pro ea parte, *sive tota dos sit*, *actio dotis evanescit* (weil die necessariae impensae ipso jure minuunt). Et multo magis idem dicendum est, si socer agat de dote, debere rationem haberi eius, quod in ipsum impensum est, *sive ipse maritus hoc fecit*, *sive filiae ut faciat dedit.* Sed etsi pater non experiretur, sed post mortem eius filia sola de dote ageret, idem erit dicendum; quum enim doli exceptio insit de dote actioni, ut in ceteris bonae fidei judiciis, potest dici ut et Celso videtur, inesse hunc sumtum actioni de dote, *maxime si ex voluntate filiae factus sit.* Es ist dies ein Fall, wo die voluntas der Frau, (die natürlich immer bewiesen ist, wenn der Mann ihr selbst die Ausführung überlassen hat) bei den necessären negotia ausnahmsweise von adminiculirender Kraft ist. S. auch oben §. 10. bei Note 1.

ches sein, welches dazu dient eine wesentlich nothwendige III
Lücke bei der Bewirthschaftung eines Guts auszufüllen [1]), als welches ein bloß nützliches oder bereicherndes ist. Es kann also der Satz ut praedia idonea emat den Ankauf einer res necessaria bezeichnen, es ist aber auch nicht zu bestreiten, daß durch den unbestimmten Ausdruck der Ankauf eines fundus utilis nicht ausgeschlossen ist.

Läßt sich dies nun freilich nicht läugnen, so wird man es doch in hohem Grade unwahrscheinlich finden müssen, daß das Gesetz hiebei auch die res utiles mit umfassen wollte. Welche Dunkelheit, wie nahe liegende Zweifel gingen daraus hervor! Sollen denn mit diesem Beispiel überhaupt alle utiles impensae zugelassen werden? Oder soll neben der Klasse der necessariae impensae, über die ja kein Zweifel besteht, nur der eine Ausnahmsfall des Ankaufs eines fundus utilis aus der Klasse der utiles impensae zugelassen sein? Mag man nun aber das Eine oder das Andere annehmen, welche wunderliche Rechtsgestaltung wäre davon die Folge. Wenn der Mann selbst während der Ehe von Dotalgeldern einen fundus non necessarius ankaufte, so liberirt ihn (da ja utiles impensae nicht ipso jure minuunt dotem) das nicht von der vollen Restitution der Dos. Wenn er aber das Geld der Frau zum Ankauf des fundus utilis in die Hand giebt, dann wird er liberirt!

War es nun aber bei den Römern, wo die Bedeutung und die einzelnen Hauptfälle des necessarium negotium als bekannt vorausgesetzt werden konnten, wohl so gefährlich und der Misdeutung ausgesetzt, wenn man bei einer beispielsweisen Hinwei-

1) In dem Fr. 16. de in rem verso ist z. B. folgender Fall besprochen: Man giebt dem Sklaven einen fundus zur Bebauung und die dazu nöthigen Ochsen. Diese finden sich nun nicht geeignet („quum hi boves non essent *idonei*"), jenen necessären Zweck zu erfüllen, weshalb sie verkauft werden sollen u. s. w.

sung auf die casus, in denen es permissum sein soll eine frühere Rückleistung der dos vorzunehmen, neben einem oder mehren anderen sicher necessären Geschäften den Fall des Ankaufs einer res necessaria mit den allerdings ungenauen Worten fundus idoneus bezeichnete[2])? Ist es denn so unwahrscheinlich anzunehmen, daß der uns ganz unbekannte Zusammenhang, in dem diese Worte vorgekommen sind, denn doch vielleicht der Art war, um ein Mißverstehen unmöglich zu machen?

Ich bin hiernach der Ansicht, daß nach Lage unserer Quellen die Rückgabebefugniß des Mannes während der Ehe sicher bewiesen nur vorliegt für die necessariae impensae[3]), daß die Herzuziehung der ganzen Klasse oder eines Falles der utiles impensae lediglich auf ein zweideutiges Wort gestützt werden kann und auch innerlich durchaus unnatürlich sein würde. Deßhalb wird, da für einen solchen eigenthümlichen und willkührlichen Rechtssatz eine klare Sanction gefordert werden müßte, eine Zulassung der utiles impensae nicht gebilligt werden können.

---

2) Vgl. z. B. Paul. rec. sententiae II. 9., wo auch nur kurz die Fälle zusammengestellt werden: mancipia vestiendo *mercando*, und es doch nicht zweifelhaft ist, daß darunter nur der Ankauf eines servus *necessarius* verstanden wird; s. oben §. 34. Note 1.

3) Natürlich mit der oben §. 5. Note 8. und 9. erwähnten Beschränkung.

Quellenregister.

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seiten.)

I. Römische Quellen.

Pandekten.

Pandekten.

II. Preußisches Landrecht.

III. Oesterreichisches Gesetzbuch.

IV. Code Napoléon.

. Ge=
ns.

itigen
Eltern

:ag.

iácht.

:ag.

ber



